

J. rom. m.

45. ^l

From m.

Bill Meter

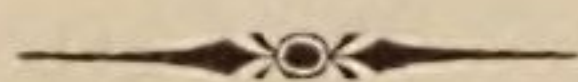
45 l

Der Begriff des Besitzes

nach römischem und canonischem Recht

in Vergleichung

mit dem zürcherischen Recht.



Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

vorgelegt der

hohen staatswissenschaftlichen Facultät

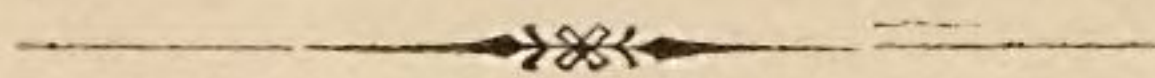
der

UNIVERSITÄT ZÜRICH

von

ATTILIO BILLETER

von Männedorf (Ct. Zürich).



Uster-Zürich.

Druck von A. Diggelmann

1889.



Meinem lieben Vater

Hrn. Philipp Birchmeier

in Dankbarkeit

gewidmet.

Nachstehende Arbeit soll in Wahrheit nicht eine Vergleichung bringen zwischen dem Besitzbegriff, wie er nach römischem und canonischem, und wie er nach zürcherischem Recht zu bestimmen sei. Es soll vielmehr für sich dargethan werden, ob und wie der Besitzbegriff für das römische Recht zu bestimmen sei; dann welche Aenderungen das canonische Recht in die römische Besitzlehre brachte, und schliesslich, wie das zürcherische Recht den Besitz auffasse. Diese Methode empfahl sich besser als eine wirkliche Vergleichung, weil durch eine solche die Darstellung zu schleppend und zu ermüdend hätte werden müssen.

Wenn der Besitz der Rechte nur oberflächlich berührt wird, so geschieht das absichtlich, weil der Rechtsbesitz bei Weitem nicht die Bedeutung hat, wie der Sachbesitz und weil es sich hauptsächlich darum handeln sollte, festzustellen, was unter Sachbesitz zu verstehen sei. Es musste deshalb auch das römische Recht etwas ausführlicher behandelt werden, da dort über diese Frage immer noch grosse Ungewissheit herrscht. Dass auch die Aenderungen, die mit der römischen Besitzlehre im canonischen Recht vor sich giengen, berücksichtigt werden mussten, lag auf der Hand, da diese Neuerungen meist grundlegend waren für die modernen Anschauungen über den Besitz. Es musste auch das deutsche Recht, so weit es nothwendig war, in Berücksichtigung gezogen werden, da einige Bestimmungen des zürcherischen Rechtes nur durch dieses richtig erklärt werden können. Es wurde aber nicht selbstständig behandelt, weil dies zu weit geführt hätte.

Obwohl nun in einer Abhandlung über den Begriff des Besitzes wohl auch die Frage erörtert werden sollte, welches die Natur des Besitzes sei, ob Recht oder nicht, so übergang ich dieselbe doch, denn in Anbetracht, dass über dieses Thema schon manches Hundert Seiten beschrieben worden sind, wäre wohl kaum viel Neues darüber zu sagen gewesen.

I. Das römische Recht.

Die Frage, wie nach römischem Recht der Begriff des Besitzes zu bestimmen sei, war schon der Gegenstand ungezählter Untersuchungen und des fleissigsten Quellenstudiums. Die erste bahnbrechende Arbeit in diesem Gebiete, eine systematische Behandlung dieses Stoffes, die auf gründlicher Sichtung und Prüfung des vorhandenen Quellenmaterials beruhte, lieferte zu Anfang dieses Jahrhunderts *Savigny* in seinem „Recht des Besitzes“.

Dass die Theorien *Savigny's* heute den verschiedensten Angriffen, die gegen sie unternommen wurden, unterlegen seien, wäre gewiss zu viel gesagt; trotz vielseitiger, theilweise berechtigter Opposition, scheint sie sich doch in ihren wesentlichen Punkten immer noch zu behaupten. Es ist dies begreiflich, wenn man einerseits bedenkt, dass es ein nicht hoch genug zu schätzendes Verdienst *Savigny's* war, dass er aus dem ungeheuren Wirrwarr, der in der Besitzeslehre herrschte, zuerst ein einheitliches System herauskonstruirte, das lange Zeit für vollkommen und unanfechtbar galt, gegen welches deshalb auch lange Niemand aufzutreten wagte; und wenn man auf der anderen Seite die Beobachtung machen muss, dass uns diejenigen, die später *Savigny's* Theorien bekämpften, als Ersatz doch auch nicht Unbestrittenes oder Unbestreitbares bieten konnten. Die neu aufgestellten Theorien beruhen eben meist auch auf Hypothesen; wo aber diese zu Hülfe genommen werden muss, da gibt es natürlich immer eine Menge Unbefriedigter und — eine Menge anderer, eigener Hypothesen.

Seit Savigny wurden die verschiedensten Versuche gemacht, die vielen scheinbaren Widersprüche und Unklarheiten der Quellen zu lösen und durch historische Untersuchungen oder durch philosophische Schlussfolgerungen einen Leitfaden zur römischen Besitzlehre aufzufinden; noch Keinem ist es aber gelungen, alle kritischen Geister zu überzeugen, noch Alle sind da und dort auf Widerspruch gestossen.

Ist es verwunderlich, wenn schliesslich Stimmen laut werden, dass, wenn bis jetzt, trotz den ernstesten Versuchen, eine Lösung des Problems nicht geglückt sei, es überhaupt unmöglich sei, eine solche noch zu finden; es könne überhaupt also der römischen Besitzlehre kein einheitliches Prinzip zu Grunde liegen.¹⁾ Ein Ergebniss, das recht trostlos wäre. Dagegen hoffen freilich Andere zuversichtlicher, „dass über lang oder kurz es doch einmal möglich sein müsse, aus dem Strudel sich hinauszuringen“.²⁾

Aufgabe dieser Arbeit kann es natürlich nicht sein, selbstständige Forschungen auf diesem Gebiete anzustellen, es soll nur aus dem vorhandenen Material das für uns Nothwendige, soweit es unbestritten oder doch nicht ganz zweifelhaft und unaufgeklärt ist, entnommen werden, um darin Anhaltspunkte zu finden, die uns einen Vergleich mit modernern Anschauungen über Besitz und dessen rechtliche Bedeutung gestatten.

Es soll vorerst untersucht werden: 1. Wo im römischen Recht überhaupt von Besitz gesprochen wird, 2. ob ein massgebendes Prinzip aufgefunden werden könnte, wonach dann vielleicht die Bestimmung eines einheitlichen Besitzbegriffes möglich wäre.

¹⁾ Von diesem Gedanken geht aus *E. Meischeider*: „Besitz und Besitzschutz“, Berlin 1876. (Besprochen von *Pernice* in Goldschmidt's Zeitschrift f. Hdlsr. Bd. XXII. p. 415—433.) Motto: *Multae reperiuntur definitiones a doctoribus traditae, quae omnes mutuis telis corruunt.*

²⁾ *Bekker*: Recht des Besitzes bei den Römern. Leipz. 1880, p. 12.

A. Die Construction des Besitzbegriffes.

1. Wer hat Besitz nach römischem Recht?

a) Der Eigenthumsbesitzer, d. h. Derjenige, welcher eine Sache in seiner thatsächlichen Herrschaft hat und von Dritten als Eigenthümer respektirt werden will. In vielen Fällen wird er wirklich auch das Eigenthum haben; aber auch der, der gar kein Recht an der Sache hat, kann Eigenthumsbesitz haben, so der Räuber und Dieb; denn Besitz bedeutet nur das faktische Herrschaftsverhältniss, ohne Rücksicht auf das Recht.

b) Unbestritten hat auch Besitz der Faustpfandgläubiger: l. 35 § 1 de pign. act. 13, 7; l. 16 D. de usurp. et usuc. 41, 3 und an anderen Orten.

Ob auch dem Hypothekargläubiger, nach Erlangung des natürlichen Besitzes, wirklicher Besitz zugeschrieben worden sei, ist sehr bestritten.¹⁾

c) Der Prekarist hat Besitz an der ihm precario überlassenen Sache: l. 4 § 1 D. de precar. 43, 26; l. 2 § 3, l. 6 § 2 eod.

e) Der Sequester hat Besitz, wenn nicht immer,²⁾ so doch wenn die Parteien dies ausdrücklich verlangen: l. 39 D. de poss. 41, 2.³⁾

d) Der Emphyteuta soll nach den Einen Besitz haben, nach den Andern nicht. Die Ersten stützen sich auf die l. 15 pr. § 1 § 6 D. qui satisdare 2, 8⁴⁾, die Letzten bestreiten aber die Beweiskraft dieser Stelle.⁵⁾

¹⁾ Windscheid, Pand. § 154 N. 3.

²⁾ Worauf die l. 17 § 1 D. Depositum vel contra 16, 3 zu deuten scheint.

³⁾ Vgl. hiezu Dernburg, Pand. § 173 N. 5, welcher dem Sequester immer Besitz zuschreibt.

⁴⁾ Bruns: „Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart“ p. 8. Dernburg, Pand. § 173 N. 3: Possessor autem is accipiendus est, qui rem soli possidet. Sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur.

⁵⁾ Bekker, a. a. O. p. 171 N. 2.

f) Dem Superficiar wird von Vielen Besitz zugeschrieben, so von *Dernburg* (a. a. O.), der sich stützt auf l. 1 § 5 de vi 43, 16, wonach das Interdictum Unde vi dem Superficiar gegeben werde, das nur juristischen Besitzern zustehe; dagegen wendet man ein, wenn der Superficiar Besitzer wäre, so müsste man ihm nicht noch ein besonderes Interdikt (de superficibus) geben, das doch die ganz gleichen Funktionen habe, wie das Interdictum Uti possidetis.¹⁾

2. Bei diesen angeführten Verhältnissen (freilich in einigen Fällen mehr oder weniger bestritten) wäre also nach römischem Recht Besitz anzunehmen, d. h. in diesen Fällen genießt derjenige, der eine Sache detinirt, Besitzschutz, er darf die Besitzklagen geltend machen. Man sagt auch, dass bei diesen thatsächlichen Detentionsverhältnissen juristischer Besitz vorliege, weil an dessen Bestehen rechtliche Folgen geknüpft sind, was bei den andern Detentionsverhältnissen nicht der Fall ist.

So kommen wir dazu, eine Unterscheidung zu machen zwischen blosser Detention, ohne besonderen rechtlichen Schutz und Besitz, d. h. qualificirter Detention, mit besonderem Rechtsschutz. Es wird sich also zunächst fragen, worin diese Qualifikation bestehe.

Während im ersten Falle ein rein thatsächliches Innehaben einer Sache vorliegt, kommt im letzten Falle zu diesem noch ein Willensmoment, nämlich der Wille des Detentors, die Sache für sich, zu seinem Interesse innezuhaben. Es sind infolge dessen beim Besitz zwei Momente zu unterscheiden, das thatsächliche Innehaben und der Wille, diese Detention für sich auszuüben; demgemäss gehört auch zweierlei zum Erwerb des Besitzes: Erlangung der Herrschaft über eine Sache (corpus) und der Wille, diese Herrschaft für

¹⁾ l. 1 § 2 De superficibus 43, 18: Proponitur autem interdictum duplex exemplo interdicti Uti possidetis. Omnia, quoque, quae in Uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur. *Bekker* a. a. O. p. 172 und *Brunns* Besitz p. 9.

sich auszuüben (*animus rem sibi habendi*): l. 3 § 1 D. de poss. 41, 2: *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore*. Betrachten wir diese zwei Momente näher.

a) *corpus*. Da der Besitz eine äusserliche Erscheinung ist, so muss sich der Besitzerwerb durch eine äusserlich wahrnehmbare Handlung vollziehen. Die Besitzergreifungshandlung, *Apprehension*, ist die erste Aeusserung der Geltendmachung der Herrschaft über die Sache.

Das Ursprünglichste und Deutlichste ist Ergreifung der beweglichen Sache, bei Immobilien irgend eine Handlung, wodurch genau ersichtlich wird, in welchen Grenzen man eine Herrschaft geltend machen will. Bei einem Grundstück z. B. Abschreiten der Grenzen, bei einem Hause Wohnungsbezug etc. Es genügen aber nicht nur solche Handlungen zum Besitzerwerb, es genügt schon meist eine Handlung, durch die ich in den Stand gesetzt werde, ausschliesslich auf die Sache einzuwirken. So erwerbe ich den Besitz an gekauften Sachen, wenn sie in meine Wohnung gebracht worden sind während meiner Abwesenheit, an den im Speicher aufbewahrten Gegenständen, wenn mir der Schlüssel übergeben wird,¹⁾ ebenso erwerbe ich auch den Besitz an einem Grundstück ohne dass ich es nach allen Seiten abschreite,²⁾ ich brauche selbst keinen Fuss hineinzusetzen, wenn ich nur die Möglichkeit habe, dies sofort ungehindert zu thun.³⁾

Die Handlungen, durch die man sich die Möglichkeit der beliebigen ausschliesslichen Einwirkung auf die Sache verschafft, können natürlich sehr mannigfaltig sein, wie *Randa*⁴⁾ sagt, ist es „wesentlich eine Thatfrage, welche Handlung im einzelnen Falle“ genüge.

¹⁾ l. 9 § 6 de acquirendo rer. dom. 41, 1.

²⁾ l. 3 § 1 de possess. 41, 2.

³⁾ l. 18 § 2 de poss. 41, 2 l. 1 § 21 eod.

⁴⁾ Besitz nach östreich. Recht 3. Aufl. p. 317.

b) animus possidendi. Unerlässlich ist das zweite Moment, der Wille¹⁾ (für sich) zu besitzen; wer zwar eine Sache faktisch innehat, aber diesen animus possidendi nicht hat, ist nicht Besitzer der Sache, sondern nur Detentor; erst wenn mit der Detention des animus (sibi) possidendi verbunden ist, bekommt diese rechtliche Bedeutung.

Nun ist es aber von grosser (theoretischer) Wichtigkeit, wie im römischen Recht dieser animus possidendi näher zu bestimmen sei. Die Quellen geben uns darüber keinen Aufschluss,²⁾ so dass wir eben gezwungen sind, auf in direktem Wege Aufklärung zu suchen; wir sind da rein auf theoretische Abstractionen angewiesen.

Es fragt sich nun bloss, ob wir den animus possidendi so präzisieren können, dass er dann allen oben angeführten Detentionsverhältnissen zu Grunde liegt, dagegen bei den andern fehlt, oder ob dies unmöglich sei. Die Möglichkeit muss aber auf Grund aller bisherigen Untersuchungsergebnisse verneint werden. Es gibt Fälle von Detention, wo nach römischer Anschauung kein Besitz vorliegt, obwohl die Beziehungen des Detentors zur Sache nicht minder eng und ausschliesslich sind als bei den andern, so beim Usufruktuar, beim Pächter und Andern; das spätere, nachrömische Recht trug denn auch kein Bedenken, auch diesen Detentoren Besitz zuzuschreiben, d. h. Besitzschutz angedeihen zu lassen.

Nun wird es sich aber nicht vermeiden lassen, dass wir für das römische Recht, je nachdem wir den Begriff des Besitzes enger oder weiter fassen, constatieren müssen, entweder es sei anomaler Weise (freilich vielleicht aus Utilitätsrücksichten) in einigen Fällen Besitz fingirt worden, oder dann, man habe in andern Fällen, obwohl Besitz hätte an-

¹⁾ *Bekker* a. a. O. p. 161 verlangt Wiedergabe von animus mit „Absicht“ nicht mit „Wille“.

²⁾ *Dernburg* Pand. § 172 N. 3. Dass die Bezeichnung des zum juristischen Besitz erforderlichen Willens durch Theophilus mit $\psi \upsilon \chi \eta$ δεσπόζοντος durch animus domini zu übersetzen sei, ist bestritten. Vgl. *Windscheid* Pand. § 149 N. 5. a. E. *Arndts* Pand. § 135 N. 1.

genommen werden müssen, doch die Besitzklagen verweigert. Enger fassen den Begriff des Besitzes diejenigen, welche *animus domini* verlangen, d. h. den Willen wie ein Eigenthümer über die Sache zu verfügen, weiter die Andern, welche den *animus possidendi* durch *animus rem sibi habendi* wiedergegeben wissen wollen, dies wäre der Wille, die Sache zu eigenem Interesse zu detiniren.

Animus domini verlangt *Savigny*.¹⁾ Er argumentirt folgendermassen: Detention ist der factische Zustand, der dem Eigenthum, als einem rechtlichen Zustand, correspondirt, der Detentor kann nach Willkür und mit Ausschliessung Dritter factisch auf den Gegenstand einwirken, wie dazu der Eigenthümer berechtigt ist. Gemäss dieser Beziehung der Detention zum Eigenthum muss auch der *animus possidendi* in der Absicht bestehen, Eigenthum auszuüben. Ich habe also demnach nur juristischen Besitz, wenn ich den *animus domini* habe.

Die Anomalie, dass aber nicht nur dem Eigenthumsbesitzer, sondern auch andern Detentoren juristischer Besitz zugeschrieben wird, erklärt er durch Zuhülfenahme eines sogenannten „abgeleiteten Besitzes“, er sagt²⁾: Der Besitz ist freilich ursprünglich blosses Factum; es sind aber mit ihm verschiedene rechtliche Folgen verbunden und insofern ist er als Recht zu behandeln. Dieses Recht nun (*jus possessionis*) ist einer Veräusserung, Uebertragung fähig. Wenn wir also Fälle antreffen, in denen das römische Recht Besitz annimmt, während doch in Wirklichkeit das Vorhandensein eines *animus domini* nicht vorausgesetzt werden darf, so hat man sich das so zu denken, dass der Eigenthümer das *jus possessionis* auf den betreffenden Detentor übertragen habe. Der Detentor leitet also seinen Besitz vom Eigenthümer ab, er hat „abgeleiteten“ Besitz.

Da aber dieser Begriff des abgeleiteten Besitzes nur als eine Abweichung vom ursprünglichen Besitzbegriff auf-

¹⁾ *Savigny*: Das Recht des Besitzes, 6. Aufl. p. 3 ff.

²⁾ a. a. O. § 5.

zufassen ist, so darf nicht an eine allgemeine Uebertragbarkeit des Besitzes (als *jus possessionis* verstanden) gedacht werden, vielmehr darf nur in den Fällen Uebertragbarkeit angenommen werden, wo es das positive Recht zulässt. Wo aber einmal abgeleiteter Besitz anerkannt worden ist, da kommt dieser dem Eigenthumsbesitz vollständig gleich, er ist so gut juristischer Besitz wie der ursprüngliche, eigentliche Besitz.

Diese Theorie Savigny's hat aber etwas Unbefriedigendes; auf die Frage, wann ist nach römischem Recht Besitz vorhanden, erhalten wir zur Antwort, in den Fällen, wo dies vom positiven Recht bestimmt wird; gewiss eine Antwort von überzeugender Richtigkeit, wir möchten aber gerne wissen, welchen Principien das positive Recht folge; darüber werden wir im Unklaren gelassen.

Obgleich auch heute noch Savigny's Theorie als herrschende Ansicht bezeichnet werden kann,¹⁾ so hat sie doch viele Gegner gefunden. Es gibt solche, welche zwar ebenfalls *animus domini* als unumgänglich nothwendig zum Besitz erachten; um nun aber den Besitz des Emphytenta, Prekaristen, Sequesters und Pfandgläubigers ebenfalls als juristischen Besitz bezeichnen zu können, bemühten sie sich, nachzuweisen, dass bei diesen in Wirklichkeit dieser nothwendige *animus domini* vorhanden sei, natürlich ein erfolgloses Beginnen.²⁾

*Windscheid*³⁾ tritt der Savigny'schen Theorie in anderem Sinne entgegen, er bestreitet die Nothwendigkeit, in den Fällen des sogenannten abgeleiteten Besitzes eine Uebertragung des *jus possessionis* anzunehmen. Nach seiner Ansicht fehlt in diesen Fällen „ein der Regel nach sonst nothwendiges Erforderniss“, der *animus domini* ganz, nur habe die positive Gesetzgebung, trotz diesem Mangel, aus verschiedenen Gründen einen Besitzesvorthail gewährt. Dieser

¹⁾ *Windscheid* Pand. § 149 N. 7.

²⁾ Vgl. bei *Savigny* Besitz p. 145.

³⁾ Pand. § 149 N. 7.

Ansicht tritt auch *Randa* (a. a. O. p. 21) bei. Indessen bleibt sich das Resultat für uns gleich, wie bei der Construction nach Savigny.

Eine andere Richtung geht dahin, den Begriff des animus possidendi erweiternd zu interpretiren; es soll der Besitzwille nur darauf gerichtet sein, die Sache in eigenem Interesse zu detiniren, so dass in allen oben erwähnten Detentionsfällen ohne Weiteres wirklicher juristischer Besitz vorläge.

Diesen Standpunkt nimmt u. A. auch *Dernburg* ein. Er sagt¹⁾: Der animus possidendi (oder sibi possidendi) begreift in sich „die Absicht, die Sache für sich ausschliesslich thatsächlich zu beherrschen. Aber die Ziele und Gedanken, welche sich hiermit verbinden, können verschieden sein. Man kann bezwecken, die Sache wie ein Eigenthümer zu behandeln, aber auch die Herrschaft als Prekarist, als Pfandgläubiger auszuüben.“ Mit anderen Worten eben, es ist jeder Detentor als Besitzer zu betrachten, der eine Herrschaft über die Sache in eigenem Interesse geltend machen will.

Nehmen wir diese, für das heutige Recht wohl passende Erklärung des animus possidendi für das römische Recht an, so haben wir nun freilich den grossen Vortheil, dass wir in den Fällen des sogen. abgeleiteten Besitzes keine Anomalien zu erblicken haben; auf der anderen Seite werden wir uns aber sagen müssen, wenn dieses die römische Auffassung wirklich gewesen wäre, so liesse sich die Inkonsequenz doch schwer erklären, weshalb dann in vielen anderen Fällen, wo doch Detention zu eigenem Interesse vorliegt, Besitz entschieden geläugnet wird; weshalb besitzt dann der Prekarist, nicht aber der Commodator, weshalb nicht der Usufruktuar, Pächter und Miether?²⁾

¹⁾ Pand. B. I. p. 392.

²⁾ Hinsichtlich des Miethers glaubt *Dernburg* (Pfandrecht Bd. II. p. 65) zwar, dass sich dies durch die historischen und socialen Verhältnisse in Rom erkläre; wie aber in den andern Fällen?

Also auch dadurch, dass man den Begriff des animus possidendi weiter fasst, gelangt man noch nicht zu einem befriedigenden Resultat, auch so bleibt noch Vieles unaufgeklärt.

Wenn es uns aber auf diese Weise nicht gelingt, die Bestimmungen des römischen Rechtes unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu bringen, so können wir uns damit natürlich noch nicht zufrieden geben; wir müssen auf anderem Wege suchen, eine Motivirung dieser Bestimmungen zu finden, wir müssen auf den Grund der Sache gehen. Vor Allem wird sich uns die Frage aufdrängen, was man überhaupt mit einem Schutz des Besitzes bezwecken wollte. Wenn wir ermitteln könnten, inwiefern sich die Nothwendigkeit der rechtlichen Beachtung des Besitzes geltend machte, welchem Bedürfnisse die Besitzklagen dienen sollten, so könnte wohl auch constatirt werden, in welchen Fällen ein Besitzschutz nothwendig war.

Es stehen zu einer derartigen Untersuchung zwei Wege offen, die Rechtsphilosophie und die Rechtsgeschichte. Wir können uns also fragen:

1. Auf welcher (rechtsphilosophischen) Idee beruht die rechtliche Beachtung eines nichtrechtlichen, nur thatsächlichen Verhältnisses, des Besitzes,

2. welches war der praktische Grund der Einführung eines Besitzschutzes; und in diesem Falle wäre wiederum Zweierlei zu untersuchen, nämlich a) wurden die Besitzklagen eingeführt für Fälle, wo noch überhaupt kein Klagerecht bestund, oder b) bezweckte man durch die Einführung der Besitzklagen nur eine Vervollkommnung schon bestehenden Klagerechts, d. h. sollten sie diesem gegenüber eine Erleichterung sein, weil die Geltendmachung desselben mit zu grossen Schwierigkeiten verbunden schien.

In beiden Untersuchungsgebieten war die Rechtswissenschaft rastlos thätig, sie hat eine Reihe von Resultaten zu Tage gefördert, aber sie harmoniren meist nicht, überall begegnen wir nur controversen Ansichten. Im Folgenden soll davon nur das Wichtigste betrachtet werden.

B. Der Grund des Besitzesschutzes.

I. Die philosophischen Lehren.

Eine übersichtliche Zusammenstellung der verschiedenen Theorien über den Grund des Besitzesschutzes findet sich bei *Ihering*¹⁾ und bei *Randa* (a. a. O. p. 272 ff.). Nach dem Vorgange *Ihering's* können wir absolute und relative Theorien unterscheiden. Die absoluten Theorien erblicken den Grund des Besitzesschutzes als im Besitz selber liegend, die relativen suchen ihn ausserhalb desselben.

a) Die von *Savigny* aufgestellte Theorie gehört zu den relativen: Der Besitz ist an und für sich nur eine That-sache; eine Störung desselben könnte demnach keine Rechtsverletzung sein, wenn sie nicht aus einem andern Grunde rechtswidrig wäre. Bei der engen Verbindung der Persönlichkeit mit der Sache, muss nothwendig auch die Person des Besitzers selber unter der Gewalt leiden; da aber alle Gewalt widerrechtlich ist, so ist der Besitzer auch gegen diese zu schützen. Durch das Unrecht, das dem Besitzer angethan worden, ist aber etwas in dem Zustande der Person zu ihrem Nachtheil verändert worden, und es kann dasselbe in seinen Folgen nur dadurch gebessert werden, dass der frühere factische Zustand wieder hergestellt wird.

Der Grund des Besitzesschutzes liegt also nach *Savigny* in der Widerrechtlichkeit aller Gewalt; durch die Gewalt entsteht eine obligatio ex delicto, die Besitzinterdicte sind demnach als eine Art Delictsklagen aufzufassen.

Savigny wurde besonders entschieden widerlegt durch *Ihering*.²⁾ Es liesse sich dann nicht erklären, wesshalb dem blossen Detentor, dem doch verschiedene Delictsklagen gegeben worden seien, die Besitzinterdicte verweigert worden

¹⁾ *Ihering*: Beiträge zur Lehre vom Besitz im 5. Jahrb. f. Dogm. Bd. IX. p. 3—44.

²⁾ a. a. O. p. 6 ff. auch von *Randa*, Besitz p. 273 f., *Bruns*, Besitzklagen p. 266 ff. u. A.

wären, überdies hätten die Besitzinterdicte gar nicht Delictsqualität¹⁾, ausgenommen das Interdictum de vi.²⁾)

Ihering's eigene Theorie gehört auch zu den relativen: Der Besitz ist zu schützen wegen seiner Beziehung zum Eigenthum. Während andere aber den Grund des Besitzschutzes darin sehen, dass der Besitz wahrscheinliches Eigenthum oder anfangendes Eigenthum sei,³⁾ sagt *Ihering*,⁴⁾ es sei „der Schutz des Besitzes eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber auch nothwendigerweise dem Nichteigenthümer zu Gute“ komme. Den Besitz selber bezeichnet er als die Thatsächlichkeit des Eigenthums, als eine Eigenthumsposition.

Aber auch *Ihering's* Ansicht ist von den meisten neuern Schriftstellern angegriffen worden,⁵⁾ weil es sich nicht erklären liesse, wesshalb keine petitorischen Einreden, besonders nicht die liquide Einrede des Eigenthums sollte zugelassen werden dürfen.

b) Unter den absoluten Theorien ist die Willens- theorie die hervorragendste.⁶⁾ Den Grund des Besitzschutzes findet sie darin: Wie der Wille überhaupt das Recht auf Freiheit hat, d. h. auf Anerkennung und auf Schutz gegen Missachtung, so ist auch der im Besitz realisirte Wille gegen Gewalt und Eigenmacht zu schützen; kein Wille darf sich gegenüber einem andern, entgegenstehenden Willen widerrechtlich und eigenmächtig durchsetzen.

¹⁾ p. 16 ff.

²⁾ Vgl. dagegen *Bruns*: Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts p. 84 ff.

³⁾ Vgl. *Ihering* a. a. O. p. 24 f., p. 26 f.

⁴⁾ a. a. O. p. 44 ff.

⁵⁾ Vgl. besonders *Randa*, Besitz p. 279 f. und *Bruns*, Besitzklagen, p. 275 ff.

⁶⁾ Sie wird vertreten von *Bruns* (in s. Bes. i. M. A. p. 489 ff. nicht mehr in s. Besitzklagen, vgl. p. 264 ff.), *Randa* (Besitz p. 284—87), *Windscheid* Pand. Bd. I. § 148 zu N. 6) und wird von *Dernburg* (Pand. Bd. I. p. 388) die verbreitetste genannt.

Dagegen wendet *Ihering* (a. a. O. p. 30 ff.) ein, dass nur der dem Recht nicht zuwiderlaufende Wille ein Recht auf Anerkennung habe, er sei „nur eine rechtliche Macht, wenn er die Bahn innehalte, die das Recht ihm vorgezeichnet“ habe.¹⁾

Die Theorie *Stahl's* geht auch dahin, dass der Besitz seine rechtliche Bedeutung in sich selbst trage²⁾: In dem factischen Gewaltverhältniss über die Sache liegt, nach der allgemeinen Bestimmung des Vermögens, der Zweck „der menschlichen Befriedigung durch Sachen, mittelst freier Gewalt über dieselben.“ Dieser factische Zustand soll geschützt werden, nicht die Sache selbst oder die Person.

Dagegen ist bemerkt worden,³⁾ in dem Umstand, dass der Besitzer ein ökonomisches Interesse am Besitz habe, liege noch kein Grund, diesen zu schützen, wenn er nicht rechtlich begründet sei; besonders dürfte er aber nicht gegen das Eigenthum geschützt werden.

Das Wichtigste für uns wäre nun die Beantwortung der Frage, welche von diesen Theorien römisch gedacht sei, d. h. welche von allen wirklich dem historischen, legislatorischen Motiv entspreche. Die Quellen geben uns keine sichern Anhaltspunkte, dass wir bestimmt darüber entscheiden könnten. Diejenigen Stellen, die jedes Mal zur Begründung des einmal eingenommenen Standpunktes herbeigezogen werden, sind nie so klar und deutlich, dass sie nicht verschieden ausgelegt werden könnten.

Ihering behauptet zwar,⁴⁾ dass seiner Theorie „ausschliesslich das römische Recht zu Grunde liege“, während er von den andern, von ihm verworfenen Theorien sagt, dass „sie sich mit dem römischen Recht in keiner Weise vertrügen, nur einen rechtsphilosophischen oder legislativ-politi-

¹⁾ Gegen die Willenstheorie auch *Dernburg*, Pand. Bd. I. p. 388 f.

²⁾ *Stahl*: Philosophie des Rechts, 2. Aufl. Bd. II., p. 304 ff.

³⁾ *Ihering* p. 42 ff., *Randa* Besitz p. 283 f.

⁴⁾ a. a. O. pag. 30.

schen Werth hätten.“ Dagegen wird ihm aber von *Bruns* eingeworfen,¹⁾ dass auch der von ihm „versuchte Nachweis seiner Theorie im römischen Rechte eben auch nur ein ‚zurechtmachen‘ des römischen Rechts nach seiner Theorie ohne historische Wahrheit sei.“

Bruns glaubt, selber die Lösung des Problems gefunden zu haben; er legt seiner Untersuchung die Worte von Paulus zu Grunde²⁾: *possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet* (l. 2 *uti possidetis* 43, 17), welchem Ausspruch „irgend eine Speculation über den Grund des Besitzschutzes ganz offenbar zu Grunde liege.“ Indessen hat *Bruns* bis jetzt damit wenig Anklang gefunden.³⁾

Nun sollte man beinahe glauben, dass nothwendig eine theoretische Begründung des Besitzschutzes jede andere ausschliessen müsste; das scheint mir aber nicht unvermeidlich. Kann sich nicht ein Besitzschutz durch verschiedene philosophische Begründungen rechtfertigen lassen, kann eine Gesetzesbestimmung nicht den verschiedensten legislatorischen Motiven ihre Entstehung verdanken?

Treffend bemerkt *Randa*⁴⁾: „Nicht zu übersehen ist, dass diese Frage (nach dem Grunde des Besitzschutzes) für verschiedene Gesetzgebungen, ja für verschiedene Phasen desselben positiven Rechtes möglicherweise verschieden zu beantworten sein wird; dass alsdann bei der zumeist unbewusst vor sich gehenden Entwicklung des Rechtes im Volke das konsequente Festhalten eines bestimmten Grundsatzes nicht erwartet werden kann, vielmehr mannigfaltige Modifikationen und Unregelmässigkeiten nach den jeweiligen zeitlichen und örtlichen Anschauungen und Bedürfnissen unvermeidlich erscheinen; dass endlich nicht immer bloss eine Idee die allein massgebende und treibende gewesen sein muss.“

¹⁾ Besitzklagen p. 264.

²⁾ a. a. O. p. 273 ff.

³⁾ *Randa*: Besitz § 8 p. 277 und N. 11a, *Windscheid* Pand. Bd. I. p. 448 N. 6 a. E.

⁴⁾ Besitz § 8 a. A.

Wollte man aber auch schliesslich ungerechtfertigter Weise annehmen, dass man bei der successiven Ausbildung des Besitztutzsystems, vielleicht unbewusst, einem grossen Grundprinzip gefolgt sei, so dürfen wir doch auf Grund des vorhandenen Materials kaum behaupten, dass die eine oder andere Theorie wirklich der römischen Auffassung entspreche. Die Begründung der einen Theorie mag mehr Wahrscheinlichkeit für sich haben als die andere, aber als unbestreitbar und unbestritten richtig darf keine ohne Weiteres bezeichnet werden, die Fundamente, auf die sie alle gebaut sind, sind viel zu schwach.

Noch ein Mittel ist versucht worden, uns Klarheit über das römische Besitzsystem zu verschaffen; man hat gesucht, durch rechtshistorische Untersuchungen den Entwicklungsgang zu verfolgen.

II. Rechtsgeschichtliche Ergebnisse.

Mit der Frage, in welche Periode die Einführung der Besitzinterdicte falle, hängt auch die eng zusammen, welches deren ursprüngliche Bestimmung gewesen sei; durch die richtige Beantwortung der einen sollte sich auch die der andern ergeben. Ueber beide Punkte herrscht aber heute noch Streit. Man kann bis jetzt weder genau nachweisen, in welche Zeit die Besitzinterdicte fallen, noch in welchem historischen Verhältnisse sie selber zu einander stehen. Die Quellen lassen uns auch hier im Unklaren, so dass diesbezügliche Behauptungen zum grössten Theil auf Hypothesen beruhen.

Die verbreitetste Ansicht ist die, dass die Besitzinterdicte eingeführt worden seien zur Ordnung des Besitzstandes, respective der Parteirollen, für den Eigenthumsstreit.¹⁾ Sollte diese Ansicht richtig sein, so ist anzunehmen, dass dieselben erst nach Abschaffung des alten Vindicationsprozesses auf-

¹⁾ Die Veranlassung bot die l. 1 § 2, 3 uti poss. 43, 17.

kamen, vielmehr dass gerade dessen Abschaffung Ursache ihrer Entstehung war. Es ergibt sich das aus Folgendem.

Im alten Sacramentsprozess war eine Vertheilung der Parteirollen nicht nothwendig, weil er ein *judicium duplex* war, den Kläger und den Beklagten traf die gleiche Beweisführung. Freilich ging dem Prozess ein summarisches Verfahren zur Regulirung des Besitzstandes voraus, es wurde darin bestimmt, wer den Besitz, d. h. den Genuss der Steitsache für die Dauer des Prozesses haben, wem die Vindicien zugesprochen werden sollten; es ist auch noch bestritten, nach welchen Gesichtspunkten die Zuertheilung der Vindicien erfolgte, indessen wird doch von den Meisten angenommen, dass nicht nothwendig der gegenwärtige Besitzer die Vindicien erhielt, und dass besonders nicht der, der sie erhielt, in eine günstigere Lage im Prozess gekommen wäre.

Dass der gegenwärtige Besitz nicht ausschlaggebend war, lässt sich entnehmen aus einer Stelle von *Gajus* IV, 16, in der uns das Verfahren geschildert wird. Dort heisst es über die Vindicienertheilung: „*postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque jubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum.*“ Die Worte „*aliquem possessorem constituebat*“ lassen darauf schliessen, dass es ganz im Ermessen des Praetors liegen musste, wem er den interimistischen Besitz zusprechen wolle, und es kann nicht angenommen werden, dass der im Besitz bleiben musste, welcher gegenwärtigen Besitz hatte, auch der Nichtbesitzer musste die Vindicien erhalten können.¹⁾ Welche Gesichtspunkte für den Praetor massgebend waren bei seinem Ent-

¹⁾ Vgl. *Dernburg* in seiner Festschrift für Zürich: „Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts“ 1883. p. 40. *Bekker* in seiner Kritik dieser Schrift (*Zeitschr. f. Rgesch. n. F.* Bd. V p. 151) bemerkt, dass diese Worte von *Gajus* ohne alle Bedeutung sei für die Beantwortung der Frage, wem der interimistische Besitz zugesprochen worden sei; indessen legen auch Andere, so *Ihering*, Beiträge p. 59, gerade auf diese Stelle grossen Werth,

scheid, ob er wirklich etwa auch die „grössere Solvenz“ der einen oder andern Partei, die Sicherheit der Streitsache, in Berücksichtigung zog, mag hier dahingestellt bleiben.¹⁾

Nun ist aber auch nicht anzunehmen, dass im weiteren Verlauf der interimistische Besitzer die einseitige Rolle des Beklagten eingenommen habe, dass also der Prozess mit der Vindicierenetheilung aufgehört habe duplex iudicium zu sein; es finden sich nirgends Andeutungen, dass das duplex iudicium im Verlaufe in's einseitige übergegangen wäre.²⁾

Der Besitz bot also für die Stellung im Prozess gar keine Vortheile, beide Parteien mussten in ganz gleicher Weise ihre Beweise für ihr Recht herbeibringen. Der einzig schwierige Punkt möchte nun nur noch der scheinen: wem wurde die Sache zugesprochen, wenn es keiner der Parteien gelang, wirklich ihr Eigenthum zu beweisen? Man erklärt dies so, dass überhaupt nicht der stricte Eigenthumsbeweis gefordert worden sei, sondern dass das relativ bessere Recht, das bessere Beweismaterial entscheidend gewesen sei.³⁾

So dürfte wohl erwiesen sein, dass im alten Vindicationsprozess für die Besitz-Interdicte kein Raum war. Anders musste es werden, als an die Stelle des alten zweiseitigen der einseitige Vindicationsprozess trat. In diesem hatte der Besitzer eine bevorzugte Stellung; der Kläger hatte zu beweisen, dass er ein Recht auf die Sache habe; der Besitzer, als Beklagter, negirte einfach, und wenn dem Kläger der Beweis nicht gelang, so wurde er ohne Weiteres abgewiesen.

Eine Schwierigkeit ergab sich nun freilich für den neuen Vindicationsprozess nicht, wenn der Eine erwiesener- und anerkanntermassen im Besitz der Sache war. Wenn aber

¹⁾ *Dernburg* l. c. und *Bekker* l. c.

²⁾ *Dernburg* a. a. O. p. 42. Dass diese Ansicht in neuerer Zeit immer mehr Anklang findet, sagt *Wach* (Zusatz zu N. 210 p. 68 in *Keller's* röm. Civilprozess 6. Aufl.).

³⁾ *Dernburg* p. 45, *Ihering*, Beiträge p. 59. Dagegen *Bekker* in seiner Recension p. 149, vgl. auch *Keller* Civproc. p. 69 N. 210.

der Besitz streitig war, wenn jeder Besitz behauptete, so musste doch erst dieser Streit geregelt werden. Dass für diesen Fall die Parteien auf das Interdictum Uti possidetis verwiesen wurden, sagt uns *Ulpian* libr. LXIX ad Edictum (l. 1 § 3 uti poss. 43, 17): Si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.

Zudem bemerkt nun auch der Jurist, § 2 eod.: Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. § 3. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit. Si convenit, absolutum est; ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos.....rel.

Somit wäre der Zusammenhang des Interdictum uti possidetis mit dem Eigenthumsstreit bewiesen, durch dasselbe wurden die Parteirollen geordnet, und der Jurist sagt, dass dies die causa proponendi des Interdictes gewesen sei.

Demgemäss wird heute auch von Vielen angenommen, dass die ursprüngliche Bestimmung der Besitzinterdicte gewesen sei Regulirung der Besitzfrage im Eigenthumsstreit. Nun konnten ja aber anfänglich diese Besitzinterdicte nur für den berechnet sein, der die Möglichkeit für sich hatte, im Eigenthumsstreit obzusiegen, also für den Eigenthümer, oder wenigstens für den, der Eigenthümer zu sein behauptete; und dann nur für Fälle, wo wirklich das Eigenthum streitig war. Von dieser Bedeutung der Interdicte bis zu ihrer spätern Funktion als Klagen zum Schutze des Besitzes überhaupt, und zwar nicht nur des Eigenthumsbesitzes, war noch ein bedeutender Schritt. Nicht schwer zu erklären ist, dass sich der Streit um den Besitz zu einem besondern, vom Eigenthumsprozess unabhängigen Verfahren ausbilden konnte.

Die Voruntersuchung über den Besitzstand war ja auch insofern ganz unabhängig vom Eigenthumsstreit, als er die Rechtsfrage ganz unberührt liess, das Vorverfahren war auch nicht absolute Bedingung der Reivindication; wenn der Besitz nicht streitig war, oder wenn sich die Parteien sonst verständigen konnten, war es überflüssig. Das Vorverfahren hatte also eine gewisse Selbstständigkeit; der Eigenthumsstreit war eigentlich noch unberührt, wenn auch das Vorverfahren erledigt wurde. Nun konnte aber Einer vielleicht, wenn er im Interdictverfahren unterlegen war, leicht die Unmöglichkeit, den Eigenthumbeweis zu erbringen, vorhersehen und deshalb auf Weiterführung des Prozesses verzichten, so dass dann also mit der Entscheidung der Besitzfrage der Prozess vollendet war. So gehörte nicht mehr viel dazu, dass man schliesslich das Interdictverfahren anstrenge in Fällen, wo man gar nicht daran dachte, sich über das Eigenthum zu streiten, wo es sich nur um Anerkennung des Besitzes von Seiten des Beklagten gegenüber dem Kläger handelte. Dadurch bekam der Besitz an und für sich rechtliche Bedeutung, und es war damit die Grundlage eines Besitzschutzsystems gegeben. Immerhin bleibt aber für uns ein Räthsel, nach welchen Grundsätzen ein solches ausgebildet wurde, besonders welches die massgebenden Gründe waren, dass man unter den Detentoren, die nicht Eigenthümer waren, den einen Besitzschutz zuerkannte, andern nicht.

Nun ist aber die Wahrheit der Aussage *Ulpian's* nicht unangefochten. Es erregt Bedenken, dass, wenn wirklich die Besitzinterdicte ursprünglich den erwähnten Zweck verfolgt hätten, dies nicht „in den Worten des Edictes selbst enthalten“ sei;¹⁾ man geht sogar so weit, die Bemerkung *Ulpian's* als ungenau und unrichtig zu bezeichnen.

So weit geht *Bruns* nicht. Er will darthun, dass die Worte *Ulpian's* in anderem Sinne auszulegen seien.²⁾ Er

¹⁾ *Savigny* Besitz p. 476 N. 1.

²⁾ *Bruns* Besitzklagen p. 21.

sagt, der Grund zur Einführung habe wohl nach dem unzweifelhaften Wortlaute der l. 1 § 2 cit. in der erwähnten Anwendung bestehen müssen. Da aber diese Besitzklage sehr häufig „ohne alle Beziehung zum Eigentumsstreit“ verwendet worden sei als „Klage zum Schutze der Besitzer gegen jede Art von Störung oder Beeinträchtigung“, ohne dass in den Quellen eine Andeutung über eine Ausdehnung oder Veränderung des Interdicts gemacht wäre, so habe man sich dies so zu erklären. In § 4 der citirten Stelle sage *Ulpian*: „Est igitur hoc interdictum retinendae possessionis, nam huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet.“ *Ulpian* spreche demnach von einer causa proponendi und einer causa reddendi interdicti. Die angegebene causa proponendi des Interdicts hindere nicht, dass dasselbe schon seit Beginn auch als besondere Klage zum Schutze des Besitzes gegeben worden sei (redditur interdictum); jene causa möge den Anstoss gegeben haben, einem allgemein gefühlten Bedürfnisse abzuhelpen, die „causa reddendi schliesse aber ein praktisch weitergehendes Prinzip in sich, als die causa proponendi an sich nöthig gemacht habe.“¹⁾

Die Ansicht von *Bruns* hat das Unwahrscheinliche an sich, dass das Interdictum uti possidetis von Anfang an verschiedenen Zweckbestimmungen gedient hätte. Wenn man aber bedenkt, wie vorsichtig die Römer in der Ausbildung von Klagsmitteln vorgiengen, wie sie nur Schritt für Schritt Concessionen an das praktische Bedürfniss machten, so müsste es doch sehr überraschen, dass nun in diesem Falle eine so starke Abweichung von dieser Gewohnheit constatirt werden müsste. Es scheint doch wahrscheinlicher, dass dieses besondere Prozessverfahren zuerst nur in einem ganz speziellen Falle zur Anwendung kam, und erst später nach und nach eine weitere Verwendung fand, dies würde eher der ganzen römischen Rechtsentwicklung entsprechen.

¹⁾ *Bruns* a. a. O. p. 23.

Nun steht aber beiden Ansichten über den Grund der Einführung der Besitzinterdicte ein weiteres Bedenken entgegen. Es wird nämlich behauptet, dass die Besitzinterdicte älter seien, als für diese Fälle angenommen werden dürfte;¹⁾ sie sollen schon zur Zeit des Legisactionenprozesses bestanden haben, also neben dem alten zweiseitigen Vindicationsprozess. Wenn aber das oben p. 18 ff. Gesagte richtig ist, dann könnte ihr ursprünglicher Zweck niemals die Besitzregulirung im Eigenthumsstreit gewesen sein, denn die Interdicte hätten im alten Vindicationsprozess absolut keinen Platz finden können; neben den Vindicien konnten sie aber nicht bestehen, denn, wie *Ihering*²⁾ sagt, „eine solche Cumulation zweier demselben Zweck dienstbarer Rechtsmittel für die älteste Zeit hätte alle historische Analogie gegen sich.“

Ist dies aber festgestellt, so müssen diese Interdicte eben eine andere Bestimmung gehabt haben; es muss der Gedanke nahe liegen, dass sie selbstständige Klagemittel gewesen seien und dass sie dann später nur „zufällig“ (wie *Savigny* Bes. p. 420 sagt) im einseitigen Eigenthumsprozess obige Verwendung fanden.

Dieser Gedanke liegt einer Hypothese zu Grunde von *Niebuhr-Savigny*;³⁾ sie will uns auch erklären, welches die früheste technische Bedeutung von *possessio* war.

Demnach wäre der Begriff *possessio* ursprünglich aufzufassen als Bezeichnung des Besitzes an Gemeinland (*ager publicus*), das von römischen Bürgern occupirt worden war.⁴⁾

Der Besitz an solchem Gemeinland wurde ohne Weiteres, freilich nach Aufforderung durch den Staat, durch blosse

¹⁾ Davon geht *Dernburg* aus in der angef. Festschr. Auch *Bekker* Besitz p. 118 (der gegen diese Schrift polemisirt), gibt die Möglichkeit zu, dass die Besitzinterdicte schon in die Legisactionenzeit fallen könnten.

²⁾ Beiträge p. 60.

³⁾ Ich sage von *Niebuhr-Savigny*, weil aus einer Anmerkung *Niebuhr's* (röm. Geschichte 2. Aufl. Bd. II. p. 169 Anm. 316 a. E.) zu schliessen ist, dass sie beide „bei lebhaftem Ideenwechsel“, gemeinsam auf diese Ansicht kamen.

⁴⁾ *Niebuhr* a. a. O. p. 161 ff.

Occupation erworben, stützte sich also auf keinen Rechtstitel; der Staat konnte jederzeit das Land einziehen und darüber verfügen.¹⁾ Nun war aber „der Wechsel des Besitzes auf dem Gemeinland von allen Förmlichkeiten entblösst, die erfunden worden, um dem Eigenthum Sicherheit zu geben: alle Klagen und Rechtsmittel, wodurch dieses behauptet ward, fehlte ihm: es wäre ohne Schutz gegen Gewaltsamkeit und Unredlichkeit gewesen, wenn nicht die höchste Gewalt, welche ihn verliehen und eingeladen hatte, ihn zu ergreifen, diesen bereit gehalten hätte.“²⁾ Er ward durch die possessorischen Interdicte gewährt; denn, sagt *Niebuhr*, ich halte nichts für unzweifelhafter, als derselben unmittelbare und ursprüngliche Beziehung auf diesen Besitz.³⁾ Dass das Verhältniss zum Staat im Prozess nicht in Betracht gezogen werden sollte, sei bedeutet worden durch die Formel „einer vom andern, alter ab altero“.

Für die Richtigkeit dieser Annahme werden eine Reihe von Quellenzeugnissen gebracht. Es wird bewiesen, dass der Ausdruck *possessio* für den Besitz an Gemeinland angewendet wurde,⁴⁾ und wahrscheinlich daher seinen Ursprung habe. Sodann wird dargethan, dass die possessorischen Interdicte wirklich angewendet wurden bei Besitz am *ager publicus*,⁵⁾

¹⁾ p. 168.

²⁾ Ueber diesen Punkt bemerkt weiter *Dernburg*, Jurist. Besitz p. 11: Weil „eine genaue Vermessung beim Lehnbesitz (wie er diese *possessio* nennt) am Gemeinland nicht zulässig war und der Besitz der Grenzländereien oft recht zweifelhaft sein musste, so ist es nicht anders denkbar, als dass sich gerade um Lehnbesitz häufig Streitigkeiten zwischen den Bürgern erhoben.

³⁾ Dazu *Savigny*, Besitz p. 217.

⁴⁾ Vgl. die bei *Niebuhr* p. 161 N. 297, *Savigny*, Besitz p. 217, Anm. 1, *Schwegler*, Röm. Geschichte Bd. II, 1. Hälfte p. 424, citirten Stellen.

⁵⁾ Die Stellen bei *Schwegler* p. 429 Anm. zu p. 427 a. E. Dies ist auch von vielen Schriftstellern angenommen worden: *Niebuhr*, *Savigny*, *Schwegler* a. a. O., *Rudorf*: Bemerkungen über das Interd. uti possidetis Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. XI p. 338, gibt diese Verwendung zu, bestreitet aber, dass dies ihre Veranlassung gewesen sei. Bestritten ist diese Anwendung von *Puchta*, Curs. d. Instit. III p. 522 und *Vangerow* Pand. I. p. 604; vgl. auch *Meischeder*, Bes. § 12.

so dass also die Möglichkeit sehr nahe liegt, dass als Klagemittel für den Besitzer von Gemeinland gerade und allein diese Besitzinterdicte dienen sollten, d. h. dass sie zu diesem Zwecke geschaffen wurden.

Die Hypothese *Niebuhr's* wurde in neuester Zeit wieder aufgenommen und in eine ganz präzise Form gebracht von *Dernburg* in der erwähnten Festschrift für Zürich. *Dernburg* führt aus, dass ursprünglich die possessorischen Interdicte nicht hauptsächlich als Klagen gegen Besitzstörung aufzufassen seien.¹⁾ Das Interdictum uti possidetis sei ein Abbild der alten reivindicatio, eine Nachbildung in allen wesentlichen Punkten, daher erkläre sich auch die Weitläufigkeit des Verfahrens; das Interdict sei, als Klage zum Schutz des Lehnbesitzes (Besitz am ager publicus), das Gegenstück zur Klage zum Schutz des allodialen Besitzes (Besitz am ager privatus), der reivindicatio. Dafür wird angeführt: Das Interdict sei duplex iudicium wie die Vindication im Sacramentsprocess; bei beiden sei zur Einleitung des Verfahrens ein vim facere, gegenseitige Gewalt, nothwendig; in der reivindicatio habe man Vindicienertheilung gegen Stellung von praedes litis et vindiciarum und Strafe für den, der vindicias falsas tulit (doppelter Fruchtertrag); analog im Interdicte, für die Dauer des Interdictverfahrens, fructus licitatio, fructuaria stipulatio und Sicherung durch Bürgen, und als Strafe im Falle des Unterliegens Verfall der Licitationssumme und Herausgabe der gezogenen Früchte. „Auch des Weiteren bewege sich der Interdictprozess in ähnlichen Formen wie die alte Vindication,“ es seien nur wenige Abweichungen zu constatiren.

Zu der Ansicht, dass das Interdict zur Regulirung des Besitzstandes im Eigenthumsprozess geschaffen worden sei, sagt *Dernburg*:

„Bei den Verwicklungen und Weitläufigkeiten des Verfahrens kann nicht angenommen werden, dass das Interdict

¹⁾ Vgl. p. 13 ff.

eingeführt worden sei, um die Parteirollen im Eigenthumsprozess festzustellen. Hätte man eine Prämie darauf gesetzt, ein Verfahren zu erfinden, welches die Entscheidung über jene praeparatorische Frage am meisten verwickelte, unter den grössten Umschweifen erledigte, — sie wäre reichlich verdient gewesen! Dagegen, wollte man für den Lehnbesitz ein entsprechendes Klagrecht gewähren, wie solches für die Vindication des Allods bestand, so entsprach es der nationalen Auffassung, in ähnlicher Weise die Sache zu behandeln.“

Als dann aber die Besitzklagen für diesen Zweck nicht mehr verwendet werden konnten, da sich nach und nach der Lehnbesitz in Allodialbesitz umwandelte, habe man zu diesem Rechtsmittel, weil es ein bekanntes war, gegriffen, um es zur Ausfüllung der Lücke, die bei Einführung des neuen Vindicationsprozesses entstanden sei, zu benützen; so sei die Stelle in l. 1 § 2 cit. zu verstehen.

Die scharfsinnigen Ausführungen *Dernburg's* sind sehr bestechend; sollte seine (damit also auch die *Niebuhr'sche*) Ansicht richtig sein, so wären viele, bis jetzt unverständliche Dinge auf einfache Weise erklärlich geworden,¹⁾ — aber die benützten Quellenzeugnisse scheinen doch nicht ganz unzweifelhaft zu sein, so dass wir es in einigen wichtigen Punkten doch nur mit Hypothesen zu thun haben.

C. Rückblick.

Nachdem nun im Wesentlichen hervorgehoben worden ist, was geeignet sein könnte, uns einen Einblick in das römische Besitzsystem zu verschaffen, so dürfte es angezeigt sein, einen kurzen Rückblick auf die Ergebnisse zu thun.

Es ist vor Allem zu constatiren, dass der Besitz als ein rechtlich zu schützendes Institut im römischen Recht

¹⁾ Davon im nächsten Abschnitt.

seine vollständige Anerkennung gefunden hat. Die Ueberzeugung, dass auch ein rein thatsächliches Verhältniss in gewissen Fällen und in bestimmten Grenzen eines rechtlichen Schutzes bedürfe gegen ungesetzliche Willkür, musste schon früh durchgedrungen sein. Es will dies viel bedeuten bei einem Volke, bei dem sich ein starres, formales Recht so lange den praktischen Bedürfnissen entgegenstellte; wo das, ausschliesslich dem römischen Bürger zustehende und durch strenge Form zu begründende, quiritarische Eigenthum eine solche Rolle spielte, dass der quiritarische Eigenthümer, der sich einer Sache gegen Entgelt, aber formlos entäussert hatte, kraft seines *jus Quiritum*, das er durch eine solche Veräusserung nicht verlor, diese Sache vom gutgläubigsten Erwerber zurückfordern durfte. Durch die Einführung eines Besitzschutzes wurde ja gerade das Eigenthum in gewissem Sinne gefährdet. Die *Einrede* bessern Rechts, selbst die *liquide Einrede* des Eigenthums, wurde im Besitzstreit nicht gehört; es kann allein der gegenwärtige Besitz (oder beim *Interdictum utrubi* der längere Besitz im verwichenen Jahr) in Betracht, nur durfte er nicht vom Prozessgegner *vi, clam* oder *precario* erworben sein. Es konnte also eventuell dem berechtigten Ansprecher der Sache, dem Eigenthümer, dieselbe für längere Zeit vorenthalten bleiben, und wenn er auch später im Rechtsstreit derselben wieder habhaft werden konnte, selbst vielleicht eine Entschädigung für den vorenthaltenen Genuss der Sache erhielt, so war doch in vielen Fällen ein vollständiger Ersatz gar nicht möglich. Es widerspricht dies so dem alten streng formalen Rechtsprinzip, dass man nicht annehmen darf, es sei diese Neuerung plötzlich gekommen. Vielmehr könnte vermuthet werden, dass erst nur zufällig, in einem ganz speziellen Falle, der Praetor auf die Rechtsfrage aus ganz besonderen Gründen nicht eintrat, und dass man nach und nach zur Ueberzeugung kam, dass überhaupt ein Besitzschutz vortheilhaft oder sogar nothwendig sei.

Jedenfalls gieng die Ausbildung eines Besitzschutz-

systems ganz successive vor sich. dafür spricht der Umstand, dass die auf verschiedenen Voraussetzungen beruhenden Besitzinterdicte unbestritten zu verschiedenen Zeiten eingeführt worden sein müssen. Freilich scheint nicht festgestellt werden zu können, welches ihre Altersverhältnisse seien, welches das ältere und welches das jüngere sei, man weiss selbst nicht, wie sie sich überhaupt zu einander stellen, ob vielleicht das eine Interdict als Ergänzung eines andern anzusehen sei, oder ob nicht gar etwa das eine das andere entbehrlich machte.¹⁾

Es darf auch nicht angenommen werden, dass juristische Gründe und Erwägungen ausschlaggebend gewesen wären bei der Bestimmung, wem die Besitzklagen zustünden, vielmehr war wohl das rein praktische Bedürfniss massgebend; man gab die Besitzklagen den Sachinhabern, bei denen es dringende Nothwendigkeit war.²⁾

Wir haben oben³⁾ aufgeführt, wem nach römischem Recht Besitz zuzuschreiben sei; ziemlich unbestritten also dem Eigenthumsbesitzer, dem Prekarist, dem Sequester, dem Faust-Pfandgläubiger und dem Emphyteuta.

Nach unserer Auffassung wäre der erste Fall der selbstverständlichste; dem Eigenthümer gehören von Rechts wegen die Besitzklagen vor Allen, denn er hat das vollkommenste Recht an der Sache, man soll ihm die Vertheidigung seines Rechts vor Allen erleichtern.

Wenn nun aber als erwiesen angenommen werden müsste, dass die Veranlassung der Einführung der Interdicte nicht darin habe bestehen können, dass sie zur Vorbereitung des

¹⁾ Beispielsweise nennt *Bekker* (Besitz p. 99 f.) das Interdictum U. V. „einen etwas weniger glücklichen Vorläufer des U. P., den man aber doch, da er durch die neue Erfindung (das U. P.) nicht gleich ganz überflüssig geworden, neben dieser noch fortbestehen liess“, während *Dernburg* (Jurist. Besitz p. 12) glaubt, dass „das Int. U. V. dem U. P. unterstützend zur Seite getreten sei und dazu bestimmt gewesen sei, in einem besonders wichtigen Fall den Umschweifen des Int. U. P. zu entgehen.“

²⁾ *Dernburg* a. a. O. p. 66 f.

³⁾ p. 5.

Eigenthumsstreites dienen sollten, weil die Interdicte schon zur Zeit des Legisactionenprozesses existirten, so müssten dann die Interdicte irgend einen andern Zweck verfolgt haben. Sollten sie aber von Anfang an selbstständige Klagen gewesen sein, so wäre es sehr wahrscheinlich, dass ursprünglich diese Interdicte gerade nicht für den Eigenthümer berechnet waren. Der Eigenthümer hatte ja die *reivindicatio*; mit dieser Klage konnte er gegen jeden auftreten, der ihm sein Eigenthum streitig machte,¹⁾ und hatte die *actio negatoria* gegen den, der sich störende Handlungen erlaubte.

Es scheint mir dem Gange der römischen Rechtsentwicklung nicht zu entsprechen, dass man zu diesen Eigenthumsklagen dem Eigenthümer noch eine leichter zu handhabende Klage gegeben hätte, weil etwa diese zu schwerfällig gewesen wären, ihrer glücklichen Durchführung, wegen der Schwierigkeit des Beweises, hie und da Hindernisse entgegenstehen mochten; eher gab man wohl die Klage für Fälle, wo der Sachinhaber, um sich den ruhigen Genuss der Sache zu sichern, absolut einer Klage bedurfte, sich der andern, vorhandenen Klagen aber nicht bedienen konnte, weil deren Voraussetzungen bei ihm nicht vorlagen, z. B. Eigenthum.

Die *actio Publiciana* war ursprünglich auch nicht für den berechneten, der wirklicher Eigenthümer war, das *dominium ex jure Quiritium* hatte; er bedurfte derselben gar nicht, weil er die *reivindicatio* anstellen konnte. Dagegen entbehrte der bonitarische Eigenthümer dieser Klage, weil er eben kein quiritisches Eigenthum hatte, dieses aber Voraussetzung der Klage war. Man schuf daher für ihn eine der *reivindicatio* entsprechende Klage, die sich nur auf Er-sitzungsbesitz stützte, die *Publiciana actio*. Dadurch war nun aber der bonitarische Eigenthümer in Wirklichkeit gegenüber dem quiritischen Eigenthümer besser gestellt, denn es lag in dieser Klage eine bedeutende Beweiserleichterung; sie war desshalb geradezu vortheilhafter als die *reivindicatio*;

¹⁾ *Dernburg* (Pand. Bd. I p. 390) vindicirt der alten *reivindicatio* geradezu die Funktionen einer Besitzklage.

bei annähernd gleichem Erfolg. Begreiflicherweise zog dann der Eigenthümer dieses bequemere Rechtsmittel oft der Eigenthumsklage vor, er behauptete nicht Eigenthümer zu sein, sondern berief sich auch auf den Ersitzungsbesitz. Auf diese Weise kam ihm nun eine Erleichterung zu gute, die ihm gar nicht zugedacht worden war.

So dürfte wohl auch bei den Besitzinterdicten angenommen werden, dass sie ursprünglich nicht auf „eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung“ hinzielten, dass ihr Zweck vielmehr ein anderer gewesen sei und sie erst in zweiter Linie als Beweiserleichterung dem Eigenthümer zu gute kamen. Welches aber ihre ursprüngliche Bestimmung war, ist unbestimmt.

Die Hypothese *Niebuhr's* (die mir, nebenbei, doch nicht so aus der Luft gegriffen und unwahrscheinlich vorkommt, wie *Bekker* in seiner Kritik der *Dernburg'schen* Schrift behaupten zu wollen scheint) würde uns da eine ganz befriedigende Auskunft geben.

Die Besitzer von Gemeinland hatten gar keine dingliche Klagen zum Schutze der von ihnen occupirten Ländereien, und es wäre daher gewiss sehr gut denkbar, dass der Praetor gerade für diese Verhältnisse die Interdicte uti possidetis und unde vi berechnet hätte.¹⁾

So hätte sich zufällig die Gestaltung der Klagen ergeben, wie sie später sein musste für die Besitzklagen; es musste natürlich die Eigenthumsfrage ausser Betracht fallen, es handelte sich nur darum, wer thatsächlich das Land occupirt habe. Man brauchte also nichts anderes zu beweisen, als dass man faktisch „besitze.“ Nur wenn sich einer den „Besitz“ eines Mitoccupanten auf unredliche Weise aneignete, wenn er vi, clam oder precario ab altero, dem im Prozess Betheiligten, besass, musste diese Einrede gehört werden,

¹⁾ Die Gründe, die *Bekker* (in der citirten Kritik) dafür bringt, dass diese Besitzer gar keiner Klagen bedurften, scheinen mir gar nicht überzeugend, vgl. *Dernburg*, Pand. Bd. I § 171 N. 2.

denn der alter war in einem durch die Occupation erworbenen Rechte beeinträchtigt worden.

Nun sah man aber ein, dass eine solche Klage sehr praktisch sei, in der man nur den faktischen Besitz zu beweisen brauchte und mochte es vortheilhaft finden, diese „Besitzklagen“ auch beim *ager privatus* anzuwenden,¹⁾ weil man vielleicht zur Ueberzeugung gekommen war, dass in der That der blosse Besitz einen gewissen rechtlichen Schutz verdiene.

Es liesse sich nunmehr auch der Besitz des Precaristen und des Emphyteuta leicht erklären.²⁾ Das Verhältniss, in dem der Besitzer von Gemeinland zum Staate stund, war dem des Precaristen sehr ähnlich.³⁾ Sein Besitz war insofern ein precärer, als der Staat zu jeder Zeit das Land einziehen konnte, unbeachtet, wie lange es schon im Privatbesitz war.⁴⁾ Es musste daher die analoge Verwendung der Besitzinterdicte auf das privatrechtliche Precarium nahe liegen, besonders war dies gerechtfertigt in Fällen, wo der Verpfänder eines Grundstücks dasselbe precario vom Pfandgläubiger zurückerhielt.⁵⁾ Ebensowohl liesse sich der Besitz des Emphyteuta erklären „da der *ager vectigalis* nach der Analogie des alten *ager publicus* gebildet wurde.“⁶⁾

So wäre dann nur noch fraglich, wieso man dazu kam, dem Sequester und Pfandgläubiger die Besitzklagen zu geben. Es lässt sich das aber leicht erklären;⁷⁾ es war nothwendig,

¹⁾ *Savigny* p. 223.

²⁾ *Savigny* p. 221.

³⁾ *Dernburg*, jur. Besitz p. 8: „Trotzdem sich dieses Verhältniss durch seine besondere Gestaltung in manchen Punkten vom privatrechtlichen Precarium unterscheidet, so hebt dies nicht auf, dass die juristische Auffassung der beiden Verhältnisse grundsätzlich dieselbe war.“ Dagegen *Eckker* in seiner Kritik a. a. O. p. 144.

⁴⁾ *Niebuhr* p. 164. *Schwegler* p. 422. *Dernburg* Pand. Bd. I p. 441.

⁵⁾ Dass dieser Fall häufig vorkam, besagt die l. 6 § 4 de precario 43, 26: *quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt.*

⁶⁾ *Savigny* Besitz p. 222.

⁷⁾ *Savigny* Besitz p. 144.

dass man dem Eigenthümer in jenen Fällen die Verfügungsgewalt über die Sache entzog, somit auch die Besitzklagen; und es war dann praktisch, dass man diese dem Sequester, dem man ja die übrigen Klagen auch utiliter gab,¹⁾ und dem Faustpfandgläubiger, der ein sehr grosses Interesse daran hatte, dass er im ungestörten Besitz der Pfandsache bleibe, einräumte.

Nun hatten aber auch noch andere als die oben erwähnten Sachinhaber die possessorischen Interdicte. In diesen Fällen sprach man aber nicht von *possessio*, sondern nur von *juris quasi possessio* oder *juris possessio*, sie hatten die Interdicte nur utiliter; und zwar der Usuar, der Usufructuar²⁾ und der Superficiar.³⁾ Da muss man sich fragen, wesshalb nun diesen Rechtsbesitz zugeschrieben wurde und nicht Sachbesitz, wie den oben Behandelten; es ist doch kein grosser praktischer Unterschied zwischen diesen Detentionsverhältnissen und den vorher benannten, wo von Besitz schlechthin, von Sachbesitz gesprochen wird. Dogmatisch wird sich diese verschiedene Behandlung kaum erklären lassen, die verschiedensten Versuche sind gescheitert.

*Windscheid*⁴⁾ spricht die Vermuthung aus, dass man dem Pfandgläubiger nur deshalb Sachbesitz zugeschrieben habe, weil damals der Rechtsbesitz noch nicht ausgebildet gewesen sei. Es scheint denn auch wirklich, dass der Begriff der *juris quasi possessio* erst in späterer Zeit von der Wissenschaft erfunden worden sei.⁵⁾ Nun war es aber „eine historisch gegebene Thatsache“, dass der Precarist, Emphyteuta, Faustpfandgläubiger und Sequester Besitz hätten, daran wollte man nichts ändern; dass man aber dann dem Usu-

¹⁾ l. 5 § 1 Ut legator. seu fideicom. 36, 4: virum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem, ut sequestrem, fuctus deponantur, quique utiles actiones a Praetore datas exerceat

²⁾ l. 3 § 13—17 l. 9 § 1 l. 10 de vi 43, 16; l. 4 uti poss. 43, 17.

³⁾ l. 1 § 5 de vi 43, 16; l. 1 pr. § 2 de superficiebus 43, 18, vgl. oben p. 8.

⁴⁾ Pand. Bd. I § 163 Note 2.

⁵⁾ *Bruns*, Besitz p. 82.

fructuar und Usuar Rechtsbesitz zuschrieb, liesse sich daraus erklären, dass man den possessorischen Schutz der Servituten überhaupt als Rechtsbesitzschutz auffasste¹⁾ und dann keinen Unterschied machen wollte zwischen Personal- und Praedialservituten, obwohl man doch für die Personalservituten die Sachbesitzinterdicte gab,²⁾ während für die Praedialservituten ganz eigene possessorische Interdicte vorgesehen waren. Wie man sich aber das Verhältniss des Superficiars dachte, scheint nicht ermittelt werden zu können; Thatsache ist nur, dass er ein besonderes, genau dem interdictum uti possidetis nachgebildetes, interdictum de superficiebus nebst dem interdictum unde vi hatte.³⁾

Praktisch war es nicht ohne Bedeutung, ob man einem Besitzer Sachbesitz oder Rechtsbesitz zuschrieb; davon hing ab, ob man dem Eigenthümer neben dem zu den Interdicten berechtigten Sachinhaber auch noch dieselben verstatten sollte oder nicht.

Bekanntlich herrschte unter den römischen Juristen Streit, ob eine possessio plurium in solidum möglich sei oder nicht. *Sabinus* scheint diese Möglichkeit anzunehmen, und *Trebatius* sagt, es könne freilich einer juste der andere injuste dieselbe Sache besitzen, wogegen *Paulus* wie *Labeo* diese Ansichten missbilligten und eine possessio plurium in solidum für etwas ganz Udenkbares ansahen, mit folgender Begründung: „Non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.“ (l. 3 § 5 de poss. 41, 2.)

Die herrschende Ansicht war aber die von *Paulus*, dass eine possessio plurium in solidum nicht möglich sei.⁴⁾ Die

¹⁾ *Dernburg* Pand. Bd. I § 190.

²⁾ *Dernburg* nimmt an (a. a. O. N. 1, 2), dass dem Usufructuar zur Zeit der Republik Sachbesitz und erst in der Kaiserzeit Rechtsbesitz zugeschrieben worden sei.

³⁾ Vgl. oben p. 8.

⁴⁾ Dies führt aus *Savigny*, Besitz § 11.

Folge musste sein, dass, wenn man dem Precaristen, Emphyteuta, Pfandgläubiger und Sequester Sachbesitz zuschrieb, der Eigenthümer nicht auch noch Besitz haben konnte; mit andern Worten, man musste ihm dann die Besitzinterdicte verweigern. In der That sprach man denn auch in diesen Fällen dem Eigenthümer Besitz ab,¹⁾ nur diejenigen natürlich, die eine possessio plurium billigten, mussten hier anderer Meinung sein.²⁾

Wenn dagegen der Sachinhaber nur Rechtsbesitzer war, so schloss das nicht aus, dass der Eigenthümer als Sachbesitzer die Besitzklagen beanspruchen durfte; es war in diesen Fällen keine possessio plurium in solidum vorhanden, sondern es hatte der eine Rechtsbesitz, der andere Sachbesitz, dem Rechtsbesitzer gab man desshalb auch die Sachbesitzinterdicte nur utiliter.

Eine weitere Ausdehnung des Besitzesschutzes fand im römischen Recht nicht statt. Dem Pächter, dem Miether, dem Commodatar, überhaupt allen andern Sachinhabern gab man die Besitzinterdicte nicht, sie wurden absolut nur als Stellvertreter im Besitz des Eigenthümers betrachtet, und wurden nur durch dessen Klagen geschützt.

¹⁾ Immerhin fingirte man dann einen Besitz „ad usucapionem“ beim Pfandgläubiger (l. 1 § 15 de poss. 41, 2; l. 16 de usurp. et usuc. 41, 3), und dem precario dann wie dem Usucapicusbesitzer der sequestirten Sache accrescirte der Besitz des Precaristen resp. des Sequesters ebenfalls ad usucapionem. Windscheid Pand. § 154 N. 5. Dernburg Pand. Bd. I § 173 N. 5.

²⁾ l. 3 § 5 de poss. 41, 2

II. Das canonische Recht.

Im canonischen Recht erfuhr das römische Besitzsystem eine Erweiterung. Ueber den Umfang und den Ursprung der Neuerungen besteht aber eine grosse Meinungsverschiedenheit. Während die Einen behaupten, dass die canonische Besitzlehre eine ganz consequente Fortbildung der römischen sei und auf absolut römischen Ideen beruhe,¹⁾ wird von anderer Seite nachzuweisen gesucht, dass dies nicht der Fall sei, vielmehr seien deutschrechtliche Elemente in die römische Lehre getragen worden, die Neuerungen seien deutsche Rechtsätze in römischen Formen.²⁾ Von Andern wird wenigstens eingeräumt, dass in vielen Beziehungen deutsche Anschauungen sich geltend machten oder sich geltend zu machen versuchten.³⁾

Die wichtigste Neuerung brachte das canonische Recht in der Schöpfung neuer und ausgedehnter Klagemittel, der Spolienklage und dem Summariissimum.⁴⁾ Es wird nothwendig sein, in Folgendem diese Rechtsmittel etwas näher zu betrachten, um constatiren zu können, inwiefern sich hier neue Anschauungen bemerkbar machen.

¹⁾ *Savigny*, Besitz § 52.

²⁾ Diesen Nachweis versuchte *Delbrück* in seiner „Dinglichen Klage des deutschen Rechts“. 1857. Vgl. auch *Heusler* „Die Gewere“ p. 318.

³⁾ Diesen Standpunkt nimmt *Bruns* ein in seinem „Besitz im Mittelalter“ (und „Besitzklagen“ p. 223 f.)

⁴⁾ Darüber findet sich eine ausgezeichnete Abhandlung von *Bruns* in der eben citirten Schrift. An diese Darstellung werde ich mich im Folgenden halten, sie ist meines Wissens von Niemandem angefochten worden, soweit sie historische Ergebnisse zu Tage förderte,

A. Die Rechtsmittel bei Spoliation.

Das canonische Recht gab dem aus dem Besitze Verdrängten zwei Rechtsmittel an die Hand; das Eine konnte exceptionsweise gebraucht werden und war eine dilatorische Einrede, die *exceptio spolii*, das Andere war eine Klage auf Restitution des Besizes, die Spolienklage. Diese beiden Rechtsmittel waren einst in Einem vereinigt, wurden dann aber später getrennt.

Von diesem ursprünglichen Rechtsmittel wird uns berichtet in den Pseudo-Isidorischen Dekretalen. Mit Hülfe ganz grossartiger Fälschungen¹⁾ stellt Pseudo-Isidor als einen alten Rechtssatz hin, dass ein exspoliirter Bischof nicht in Anklagezustand versetzt werden dürfe, bevor die Kirchengewalt nicht für vollständige Restitution gesorgt habe.

„In synodalibus patrum decretis et regum edictis legitur statutum: Redintegranda sunt omnia exspoliatis vel ejectis episcopis praesentialiter ordinatione pontificum, et in eo loco, unde abscesserant, funditus revocanda, quacumque conditione temporis, aut captivitate, aut dolo, aut violentia malorum, et per quascumque injustas causas res ecclesiae, vel proprias, i. e. suas substantias, perdidisse noscuntur, ante accusationem aut regularem ad synodum vocationem eorum.“²⁾

Wir hätten es also ursprünglich mit einem Privileg der Bischöfe zu thun.³⁾ Ein exspoliirter oder vertriebener Bischof, der angeklagt wird, soll verlangen können, dass ihm erst Alles, dessen er beraubt worden, zurückerstattet werde, vor Anhandnahme der Klage, und die Motivirung dieser Bestimmung geht dahin, dass es ungerecht sei, einen aller Mittel Entblösten zu verfolgen, da sich dieser nicht wohl gegen den Mächtigen vertheidigen könne: „scimus enim, homines inermes non posse cum armatis rite pugnare.“

¹⁾ *Bruns*, Besitz p. 137 ff.

²⁾ Nach der Lesart von *Savigny* u. A., und wie sie auch im Corp. jur. can. von *Friedberg* adoptirt ist. Vgl. *Savigny*, Besitz p. 621 N. 1.

³⁾ *Savigny*, Besitz p. 624; *Bruns*, Besitz p. 153, Bes.-Klagen p. 221 f.

Die Geltendmachung dieser Rechtsbefugniss musste also vor Allem als dilatorische Einrede wirken; die Frage ist nur — wie lange? Gewiss einmal bis zu dem Zeitpunkt, wo dem exspoliirten Bischof wieder sämmtliches Vorenthaltene restituirt, wo er also wieder armatus, kampffähig war. Der bestimmte Wortlaut deutet nun aber darauf hin, dass nicht nur gesagt werden soll, es sei mit der Anhandnahme der Klage so lange zuzuwarten, bis die Klagen auf Restitution des Besitzes vom Bischof angestellt und zu Ende geführt seien, wie *Savigny*¹⁾ behauptet. Es hätte in diesem Falle der Bischof absichtlich mit der Einklagung zögern, oder es hätte auch sonst sehr lange dauern können, bis mit Hülfe der gewöhnlichen Rechtsmittel die Restitution erlangt worden wäre. Es wird aber ganz ausdrücklich gesagt: *Redintegranda sunt omnia praesentialiter*, und das heisst doch, die Restitution habe sofort zu erfolgen, und nicht, man habe zu warten, bis die angestregten Klagen entschieden worden seien.

Die Einrede konnte zu jeder Zeit vorgebracht werden, „*quacumque conditione temporis res perdidisse nos cantur*“; wann sie geltend gemacht wurde, hatte die Restitution sofort zu erfolgen, und zwar hat dafür die Kirchengewalt zu sorgen, sie soll *ordinatione pontificum* geschehen.

Aus dem Gesagten geht nun aber klar hervor, dass wir es hier nicht mit einer blossen Einrede zu thun haben; vielmehr war „mit dieser stets von selbst ein eigenthümliches kirchliches Klagerecht verbunden“; durch die Geltendmachung der Einrede war auch der Anspruch auf Restitution begründet. Wenngleich nun aber auch hier, wie im römischen *interdictum de vi*, nur die Spoliation nachgewiesen werden musste zur Begründung des Klagerechts, so beruht dieses Rechtsmittel doch auf einer andern Grundlage, als das römische *Interdict*. Seine Veranlassung war nicht der Gedanke, dass die thatsächliche Herrschaft über eine Sache eines relativen Rechtsschutzes bedürfe, vielmehr liegt eben die Betrachtung zu Grunde, dass sich ein Macht- und Wehrloser nicht mit Er-

¹⁾ Besitz p. 623 ff.

folg gegen einen wohlgerüsteten Gegner vertheidigen könne: dieses Klagerecht war demnach durchaus bedingt durch die Anhebung einer Kriminalanklage gegen den spoliirten Bischof.

Dieser Stelle der Pseudo-Isidorischen Dekretalen begegnen wir wieder in *Gratian's* Dekret (c. 3 C. 3 qu. 1); sie erhielt aber in der Form, die ihr hier gegeben wurde, scheinbar eine andere Bedeutung. Die Stelle wurde nämlich nicht ganz aufgenommen, sondern es wurde der Schluss, „ante accusationem, aut regularem ad synodum vocationem eorum,“ weggelassen. Dieser Schlusssatz war aber sehr wesentlich und seine Weglassung musste nothwendig den Sinn entstellen. Der can. 3 cit. erhielt nunmehr augenscheinlich den Sinn, es sei den exspoliirten Bischöfen auf alle Fälle Alles, durch welche ungerechte Art sie es immer verloren hätten, zu restituiren. Dass das nur vor einer Kriminalanklage zu geschehen habe, konnte daraus nicht entnommen werden, und wenn dies auch aus anderen Stellen des Dekrets deutlich hervorging,¹⁾ so konnte man doch nicht wissen, dass der canon Redintegranda nur verstümmelt sei, dass er in Wirklichkeit nicht sagen sollte, was er zu sagen schien. Man nahm also schliesslich an, es sei im canon Red. ein besonderes Klagerecht enthalten, man sprach von einer *condictio ex canone Redintegranda*. Die Einrede der Spoliation wurde aber nebenbei nicht fallen gelassen, so dass man also nun bei Spoliation Klage und Einrede gestattete.²⁾

¹⁾ c. 5 C. 2 qu. 2: Praeceptum est in antiquis statutis, ejectos atque suis rebus exspoliatos ecclesias proprias recipere, et primo omnia eis reddi, et demum, si quis eos juste accusare voluerit, aequo periculo facere. Ebenso C. 1 pr. de restit. spoliat. in VI^o, 2, 5.

²⁾ Gegen diese Annahme, dass eine Trennung von Klage und Einrede nur zufällig stattgefunden habe, erklärt sich *Maassen*, „Zur Dogmengeschichte der Spolienklage“ in *Bekkers Jahrb. des gem. deutsch. Rechts* Bd. III p. 232. Die Synode sei die Behörde gewesen bei Pseudo-Isidor,

I. Die Spolieneinrede.

Von der *exceptio spolii* ist hauptsächlich die Rede in der qu. 2 der C. 2. Man kann sich aber aus den verschiedenen Ausprüchen entschieden nicht ganz klar machen, welches die prinzipiellen Voraussetzungen der Zulassung der Einrede sein sollen. Während früher also die Spolieneinrede nur den Bischöfen zukam und zwar nur bei Kriminalanklagen, darf man bei der Allgemeinheit dieser neueren Bestimmungen eine solche Beschränkung absolut nicht mehr annehmen.

Im c. 3 C. 2 qu. 2 steht zwar noch geschrieben: „*Nullus episcoporum. — debet accusari, priusquam omnia redintegrentur*“; dagegen heisst es dann ganz einfach in c. 5 eod.:

„*Nullus potest vocari aut judicari antequam omnia sibi ablata restituantur*“; und in c. 1 eod.:

„*Cunctos fructus ante litem contestatam praeceptor episcopus vel primas possessori restituat*.“

Aus alle dem wäre also zu schliessen, dass die *exceptio spolii* jedem, der spoliirt worden war, gegeben wurde, und dass sie selbst in Civilstreitigkeiten¹⁾ zugelassen werden konnte. Unter den ältern Canonisten stellt *Huguccio* (in c. 3 C. 3 qu. 1) den Verhalt so dar, dass die *exceptio* gegen den Spoliator bei jeder Kriminalanklage zulässig sei, gegenüber einem Dritten bei Kriminalanklage, bei Civilklage aber überhaupt nur dann, wenn sich die Klage auf dasjenige

vor welcher sich die Bischöfe zu verantworten gehabt hätten, dies sei später nicht mehr der Fall gewesen. Die Beschränkung auf Bischöfe habe, da die ganze Bestimmung bei Pseudo-Isidor den Charakter einer politischen Massregel zum Schutze der Bischöfe gehabt habe, was im 12. Jahrhundert kaum mehr einen Sinn haben konnte, wegfallen müssen, wenn man das ganze Institut beibehalten wollte; man habe eine Ausdehnung auf jede *persona ecclesiastica* zulassen müssen. Zur Restitution habe aber nicht jeder Richter, vor dem eine *persona ecclesiastica* angeklagt worden sei, verhelfen können, und es sei nichts anderes übrig geblieben, „als die Klage aus ihrer Verbindung mit der Einrede zu lösen“.

¹⁾ Darauf weist C. 1 cit. hin: „*ante litem contestatam*“.

Delict beziehe, das die Ursache der Spoliation war.¹⁾ Es ist aber nicht festgestellt, dass dieses Prinzip anerkannt und befolgt worden sei, vielmehr ist fast anzunehmen, dass man gar kein einheitliches Prinzip hatte. Es sah sich wenigstens *Innocenz IV.* veranlasst, besonders da auch, wie es scheint, mit der Zeit die exceptio spoliī ein sehr bequemes Mittel der Chicane abgegeben hatte, eine besondere Verordnung über Zulassung der Spolieneinrede zu erlassen. Dieses Dekret bestimmt Folgendes:

(c. 1, de restit. spol., in VI^o, 2, 5) „Statuimus ut in civilibus negotiis spoliationis objectu, quae ab alio quam ab actore facta proponitur, iudex in principali procedere non postponat. Sed si in civilibus ab actore, in criminali autem se spoliatum reus asserat a quocumque: infra quindecim dierum spatium post diem, in quo proponitur, quod asserit comprobabit; Illum autem spoliatum intelligi volumus in hoc casu, quum criminaliter accusatur, qui tota sua substantia vel maiore parte ipsius se per violentiam destitutum affirmat. (§ 1.) Solet autem inter scholasticos dubitari, si spoliatus a tertio de spoliatione contra suum accusatorem excipiat, an ei tempus a iudice debeat indulgeri, infra quod restitutionem imploret, ne forte sic velit exsistere ut omnem accusationem eludat. Quodsi infra tempus indultum restitutionem non petierit, et causam, quum potuerit, non ducat ad finem: non obstante spoliationis exceptione deinceps poterit accusari. (§ 2.) Ad hoc sancimus, ut verum privatorum spoliatio agenti super ecclesiasticas, vel e contrario, nullatenus opponatur.“

Die Spolieneinrede darf also nur noch in Kriminalsachen jedem Kläger gegenüber geltend gemacht werden, und es muss die Spoliation in fünfzehn Tagen bewiesen werden. Von Spoliation kann nur die Rede sein, wenn Einer das ganze oder den grössten Theil seines Vermögens verloren hatte, ausgenommen, wie zu schliessen ist, im Civilstreit. Hier erfuhr der Begriff des Spoliums eine Erweiterung,

¹⁾ Vgl. *Maassen a. a. O.* p. 234.

die Spoliation konnte sich auf eine einzelne Sache beschränken. Das Wichtigste aber ist, dass der Beklagte (Spoliirte), nachdem er die *exceptio spolii* geltend gemacht hatte, innert einer zu bestimmenden Frist auf Restitution zu klagen hatte, versäumte er die Frist, so fiel die Einrede überhaupt dahin. Es beweist dies, dass die *exceptio spolii* nunmehr eine reine, dilatorische Einrede war. Es ist nicht mehr *ex officio judicis* dem Spoliirten, wenn er gegen die Anklage die Spolieneinrede geltend gemacht hat, zu seinem früheren Besitz zu verhelfen, es ist kein Klagerecht mehr mit der Einrede verbunden, der Excipirende hat selber die Restitutionsklagen durchzuführen.

Die Frage bleibt nun aber, welche Rechtsmittel dem Spoliirten dann in diesem Falle zu Gebote standen. Sein Anspruch ist ein possessorischer,¹⁾ er konnte sich also des *Interdictum de vi* bedienen. Dieses reichte aber nicht aus, denn Dritten gegenüber konnte es nicht angestellt werden und es verjährte schon nach einem Jahr, die Einrede dagegen nicht. Unterdessen war aber die *condictio ex canone* ausgebildet worden, man bediente sich daher nun dieser Klage.

II. Die Spolienklage.

Wohl gerade der Umstand, dass der mit der *exceptio spolii* Durchdringende je nach Umständen, beispielsweise je nach dem das Spolium oder ein Theil desselben noch in den Händen des Spoliators oder in Händen Dritter war, oder je nach dem die *exceptio* innerhalb eines Jahres seit der Spoliation oder später geltend gemacht wurde, verschiedene Klagen hätte anstellen müssen, wenn man ihn auf die römischen Rechtsmittel verwies, mochte die Veranlassung sein, dass man eine Klage auszubilden suchte, die für alle Fälle ausreichen sollte.

¹⁾ *Maassen a. a. O. p. 235.*

Der canon Redintegranda bot dazu die beste Handhabe, man leitete aus ihm eine *condictio ex canone*, auch *remedium ex canone* genannt, ab,¹⁾ und gab diese dem Ex-
cipirenden. Auf diese Anwendung dieser *condictio* beschränkte man sich aber dann nicht; man vergass, dass bei der Einführung der Spolieneinrede mit dem aus derselben fließenden Klagerecht nur das der leitende Gedanke gewesen sei, dass ein *inermis* gegen einen *armatus* sich nicht wirksam vertheidigen könne. Man warf diesen Grund mit dem, der den römischen Besitzklagen zu Grunde lag, dass überhaupt der Besitz als solcher rechtlich zu schützen sei, zusammen, fasste die *condictio ex canone* als eine dem *Interdictum unde vi* analoge Klage auf, und gab sie daher auch jedem Spoliirten, nicht nur dem, der sich gegen eine Anklage zu vertheidigen hatte.

Es war aber recht gefährlich, diese Klage nicht von Anfang zu präcisiren, denn die Fassung des canon Redintegranda ist so allgemein gehalten, dass, wenn man diesen dem Wortlaute nach interpretiren würde, man ein ganz unerhörtes Klagerecht darin finden müsste; ein Klagerecht, das sich absolut nicht rechtfertigen liesse. Theorie und Praxis giengen aber in der That so weit, dass sie auf Grund dieses canon ein Klagerecht gaben aus verlorenem Besitz, das weit über die Grenzen des *Interdictum unde vi* gieng.

Schon die Glosse zu *Gratian's* Dekret fasste die Klage aus dem canon Redintegranda sehr weit. Klagegrund sollte jede Besitzentziehung, die *ex injusta causa*, namentlich durch Zwang oder Betrug, erfolgte, sein; das *Interdictum unde vi* gab man nur bei gewaltsamer Vertreibung.²⁾ Ferner sollte die Klage für bewegliche wie für unbewegliche Sachen gelten;

¹⁾ Der Name *actio spolii* kam erst sehr spät auf. *Bruns*, Besitz p. 390.

²⁾ Im spätern römischen Recht soll zwar das Int. U. V. bei jeder Besitzentziehung wider oder ohne Willen des Besitzers gegeben worden sein, die herrschende Meinung ist aber gegen diese Annahme. *Windscheid*, Pand. Bd. I § 160 N. 5.

das Interdictum unde vi umfasste bewegliche Sachen nur insoweit, als sie sich auf der unbeweglichen befanden und mit dieser entrissen wurden.¹⁾ Dann sollte die Klage auch unverjährbar sein wegen der Worte „quacumque conditione temporis“ etc. Das Wichtigste aber war, dass die Spolienklage auch gegen jeden Besitzer gehen sollte. Das Interdictum unde vi gieng gegen den Dritten nur, wenn dieser den Dejicienten beauftragt hatte, gegen den Erben und den, dessen Gewaltuntergebener dejicirt hatte auf id quod ad eos pervenit (nach canonischem Grundsatz haftete im Interdictum unde vi der Erbe bis zum Betrage der Erbschaft). Die Spolienklage sollte nun aber nicht nur gegen den Spoliator, sondern überhaupt gegen jeden, auch den gutgläubigen Besitzer gerichtet werden dürfen.

Noch weiter giengen die Canonisten des 14. und 15. Jahrhunderts. Ueberhaupt jeder unfreiwillige Besitzverlust ohne culpa seitens des Besitzers sollte einen Restitutionsanspruch begründen²⁾ (qualitercumque quis amiserit rem). Ja, der Beklagte sollte selbst beweisen, dass der Kläger den Besitz juste verloren habe, konnte er dies nicht, so wurde das Recht des Klägers auf Restitution, resp. die Spoliation praesumirt,³⁾ wenn dieser nur bewies, dass er früher einmal die Sache besessen habe.

Wenn nun auch die Spolienklage in dieser Form in der Praxis Aufnahme fand, so erhob sich doch bald gegen diese Anwendung Opposition. Die Dekretalen des 12. und 13. Jahrhunderts nehmen einen andern Standpunkt ein. Sie lassen die Spolienklage erstens nur zu bei Besitzentziehung

¹⁾ Dass das Int. U. V. im spätern röm. Recht auf Mobilien ausgedehnt worden sei (*Savigny*, Besitz p. 527 ff.), wird entschieden bestritten. *Windscheid*, Pand. § 160 N. 4.

²⁾ *Bruns*, Besitz p. 228.

³⁾ Probando ipsam antiquiorem possessionem nova praesumitur clandestina et vitiosa; ex hoc solo insurgit possessionis spoliatio. *Menochi* N. 383. De recup. poss. rem. XV bei *Delbrück*, „Die dingliche Klage des deutschen Rechts“ p. 164.

durch violentia,¹⁾ und geben zweitens die Klage nur gegen den bösgläubigen dritten Besitzer, den *spolii conscius*. Dies letztere steht in dem berühmten cap. *Saepe* von *Innocenz III.* (c. 18 X de rest. spol. 2, 13):

Saepe contingit, quod spoliatus injuste, per spoliatorem in alium re translata, dum adversus possessorem non subvenitur per restitutionis beneficium spoliato, commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum juris civilis rigore, sancimus, ut, si quis de cetero scienter rem talem receperit, quum spoliatori quasi succedat in vitium eo, quod non multum intersit (praesertim) quod periculum animae injuste detinere ac invadere alienum, contra possessorem hujusmodi spoliato per restitutionis beneficium succuratur.

In Deutschland fand die Spolienklage zunächst in ihrer ersten Form Aufnahme in Theorie und Praxis. Später drangen aber Modificationen durch, besonders wurde die Praesumption der Spoliation verworfen, und im Uebrigen sollte der Dritte nur noch nach Massgabe des c. *Saepe* haften. Besonders zog dann aber *Savigny* der Spolienklage wieder sehr enge Grenzen,²⁾ und ihm folgten später die Meisten.³⁾

Es bleibt uns noch übrig, den Charakter der Spolienklage festzustellen. Bis jetzt wurde stillschweigend vorausgesetzt, dass sie eine possessorische Klage sei, es ist dies aber nicht unbestritten.⁴⁾ Es wird gesagt, eine Klage, die auf den Dritten gehe, könne keine Besitzklage sein, weil sie nicht dem unredlichen Besitzer gegeben werden dürfe, sondern nur dem bonae fidei possessor.⁵⁾ Indessen geht schon aus einer Bemerkung von *Huguccio* hervor, dass die Klage eine possessorische sein musste.

¹⁾ c. 1 de rest. spol. cit.

²⁾ Besitz p. 630 ff.

³⁾ Vgl. *Bruns*, Besitz p. 418.

⁴⁾ Bestritten wird dies von *Delbrück* in der citirten Schrift, und ihm schliesst sich an *Ziebarth* („Die Realexecution und die Obligation“), gegen beide tritt aber auf *Bruns*, Besitzklagen § 20.

⁵⁾ *Ziebarth* a. a. O. p. 262 f.

*Hug. in c. 6. Dict. Grat. c. 3 C. 3 qu. 1.*¹⁾: Non ergo sequitur, quod si non fuit legitime institutus, non sit destitutus nec possit restitui. Nam sicut fuit institutus de solo facto, ita potest restitui de solo facto.

Zudem ist nirgends eine Andeutung vorhanden, dass bonae fidei possessio erfordert worden wäre, ebenso nicht, dass petitorische Einreden prinzipiell zugelassen worden wären.²⁾ Die Spolienklage muss daher wohl als rein possessorisches Rechtsmittel angesehen werden.³⁾ Wie sie sich zum Interdictum unde vi stelle, ergibt sich auf einfache Weise; sie schliesst dies in sich ein, macht es entbehrlich, die Spolienklage ist das erweiterte Interdictum unde vi.⁴⁾

Eine ganz bedeutende Abweichung vom röm. Recht besteht nun aber schliesslich darin, dass diese Klage nicht nur den Sachinhabern, die nach röm. Begriffen Besitz hatten, gegeben wurde, sondern auch solchen, denen die Römer blosse Detention, stellvertretenden Besitz zuschrieben, namentlich dem Pächter und Miether. Wenn auch nicht ursprünglich, so fand man doch sehr frühe, dass die Spolienklage auch dem Detentor (in eigenem Interesse) zu geben sei. Diesen Standpunkt nahm schon ein *Johannes de Deo* und *Durantis*, und ihnen folgten später viele Schriftsteller und die Praxis.⁵⁾ Auch in Deutschland nahm man diese Theorie auf; die vorherrschende Ansicht war für Zulassung der Spolienklage bei diesen Detentionsverhältnissen während des 17. und 18. Jahrhunderts.⁶⁾ Seit der Opposition *Savigny's* sind aber heutzutage

¹⁾ Citirt bei *Maassen* a. a. O. p. 235.

²⁾ *Bruns*, Besitzklagen p. 222 f.

³⁾ Die Behauptung *Delbrück's*, dass „die Spolienklage, soweit sie gegen den dritten Besitzer gehe, nichts anderes als die dingliche Klage des deutschen Rechts“ sei, hat nicht viel Anklang gefunden. a. a. O. p. 150 ff. vgl. *Windscheid*, Pand. Bd. I § 162 a. N. 8.

⁴⁾ Vgl. *Bruns* in *Bekker's* Jahrbuch des gem. deutsch. R. Bd. 8 p. 96.

⁵⁾ *Bruns* Besitz p. 170, 231.

⁶⁾ *Bruns*, Besitz p. 387, 393. Besitzklagen p. 226 f.

die Meinungen sehr verschieden; von Neuem hat *Bruns*¹⁾ diese Ausdehnung des Besitzschutzes vertheidigt.

B. Das Summariissimum.

Ein ganz besonderes Verfahren bei streitigem Besitz kam im dreizehnten Jahrhundert in Italien auf. Wenn keine der streitigen Parteien den Rechtsweg betreten, d. h. als Kläger auftreten wollte und daher Anwendung von Waffengewalt zu befürchten war, hatte der Richter ex officio einzuschreiten. Er verbot jede Besitzhandlung und entschied dann in einem ausserordentlichen Verfahren (ohne Klageschrift) den Streit. Entgegen *Savigny*²⁾ weist *Bruns*³⁾ nach, dass nicht angenommen werden dürfe, es sei dies ein summarisches oder provisorisches Verfahren gewesen, dass es also mit dem spätern *possessorium summarium* noch nichts gemein hatte.⁴⁾ Wenn aber der Richter beiden Parteien Besitzhandlungen verbot, so wurde die Partei, die in Wirklichkeit doch besass, benachtheiligt, und es mochte deshalb angezeigt erscheinen, doch zuerst eine summarische Untersuchung über den Besitzstand vorzunehmen. Es wurde dann in diesem summarischen Vorverfahren entweder einer der Parteien der interimistische Besitz für die Dauer des Prozesses zugesprochen, oder, wenn es nicht möglich war, zu eruiren, wer Besitzer sei, wurde das Streitobject sequestrirt. So war das *possessorium summarium* geschaffen, eine provisorische Ordnung des Besitzstandes für die Dauer des Besitzprozesses.⁵⁾

¹⁾ Besitzklagen p. 226 ff.

²⁾ Besitz p. 635 ff.

³⁾ Besitz § 28.

⁴⁾ Der Ansicht von *Bruns* folgen die Meisten. Vgl. *Delbrück* a. a. O. p. 111, 112.

⁵⁾ Vgl. *Bruns*, Besitz § 33.

Anfänglich konnte also dieses Verfahren nur *ex officio judicis* eingeleitet werden, und zwar nur in Fällen, wo seitens der streitigen Parteien Anwendung von Waffengewalt zu befürchten war. Dann mochte es sich aber auch empfehlen, vor jedem Besitzstreit erst eine provisorische Besitzregulierung anzuordnen, um auch Gewaltthätigkeiten während des Besitzprozesses vorzubeugen, besonders da das Verfahren beim *Interdictum uti possidetis* sehr weitläufig geworden war,¹⁾ und schliesslich musste man auch den Parteien gestatten, diese Besitzregulierung selber zu verlangen. Dieses Vorverfahren musste natürlich sehr summarisch sein, es wurden deshalb nur liquide Beweise zugelassen, im Uebrigen waren die gleichen Faktoren massgebend, wie im *Interdictum uti possidetis*: entscheidend war gegenwärtiger (juristischer) Besitz, die Einrede fehlerhaften Besitzes war zulässig, wenn sie liquid war.²⁾

Dieses in Italien ausgebildete Prozessverfahren fand auch in Deutschland Eingang; wir finden es in der K. G. O. aufgenommen. Dort wird Einschreiten des Richters verlangt, wenn „sorgliche Empörung, Weiterung oder Aufruhr“ zu befürchten sei,³⁾ später fand das *Summarium* aber auch in allen andern Fällen Anwendung; der im *Summarium* Unterliegende wurde Kläger im ordentlichen Besitzprozess, im *Interdictum uti possidetis*, das nun auch im Gegensatze zu ersterem *possessorium ordinarium* genannt wurde; oder, da dieses ja im Grunde auch ein summarisches Verfahren sein sollte, nannte man das *Summarium*, auch *Summariissimum*.

Dieses *Summariissimum* kam nur in enger Verbindung mit dem ordentlichen Verfahren vor, es zog immer das ordentliche Verfahren nach sich; in diesem konnte also immer noch der siegen, der im summarischen unterlegen war.

Nach und nach wurde aber die Untersuchung im *Summarium* eine eingehendere, so dass es dem Unterliegenden

¹⁾ *Savigny*, Besitz p. 636.

²⁾ *Bruns* p. 271 (Besitz).

³⁾ *Savigny* p. 640. *Bruns* p. 398.

dann zwecklos erscheinen musste, sich noch auf das Ordinarium einzulassen, er stund lieber vom Prozesse ab. Dadurch gewann aber das Summarium das Ansehen eines selbstständigen Prozessverfahrens, und schliesslich wurde es auch wirklich als solches behandelt.

Die Trennung des Summarium vom Ordinarium war nun aber die Ursache, dass man sie als verschiedene Rechtsinstitute einander gegenüberstellte, und es wurde dieser Irrthum gefördert durch eine falsche Auslegung des cap. 9 X. de probat. 2, 19. Man behauptete, dass dort in jenem Besitzprozesse ausschlaggebend gewesen sei der ältere Besitz und der Nachweis eines Titels, resp. dass es geradezu erforderlich sei, ältern titulirten Besitz zu beweisen¹⁾ im Ordinarium, während dann im Summarium der Nachweis der jüngsten Besitzhandlung, des jüngsten Besitzes verlangt werde. Im Falle des c. 9. cit. war aber der Nachweis des ältern Besitzes und eines Titels nur deshalb ausschlaggebend, weil beide Parteien gegenwärtigen Besitz behauptet und bewiesen hatten; nur in diesem Nothfall mussten jene Momente in's Gewicht fallen.²⁾ Diese unrichtige Lehre, die in Deutschland im 18. Jahrhundert aufgetreten war, fand zwar viele Anhänger, nicht aber „gemeinrechtliche Anerkennung“.³⁾

Das *possessorium summarium* wurde, wie die *Spolienklage*, nicht nur dem Besitzer im römischen Sinne gegeben, sondern auch dem Detentor zugestanden.⁴⁾

¹⁾ *Delbrück*, dingl. Klage p. 121 f.

²⁾ *Bruns* Besitz p. 183, *Savigny*, Besitz p. 647, *Windscheid*, Pand. Bd. I § 162 a. N. 2.

³⁾ *Windscheid* l. c. *Delbrück* will auch im *possessorium ord.* die dingl. Klage des deutschen Rechts finden; blieb aber auch hier ohne Erfolg. a. a. O. p. 111—146. Vgl. oben p. 45 N. 3.

⁴⁾ *Bruns*, Besitz p. 403. *Dernburg*, Pand. Bd. I § 187 N. 5. *Windscheid*, Pandekten Bd. I § 162 a zu N. 5.

Aus dem über die Spolienklage und das Summarium Gesagten geht hervor, dass im canonischen Recht der Besitz eine nicht unerheblich veränderte Bedeutung gewann als wie sie ihm im römischen Recht zuerkannt wurde. In erster Linie dehnte man den Besitzschutz auf den Detentor, wenn er in eigenem Interesse detinirte; hauptsächlich auf den Pächter und Miether, wohl aber auch auf den Commodatar, denn es wäre kein Grund vorhanden, bei diesem eine Ausnahme zu machen. Es muss demnach auch der Besitzbegriff für das canonische Recht anders bestimmt werden, als für das römische Recht. Man kann sagen, es sei Besitz die mit dem *animus rem sibi habendi* (nicht *animus domini*) ausgeübte Detention, oder man müsste dann den Besitz der durch die Besitzklagen geschützten Detentoren unter den Begriff des Rechtsbesitzes bringen. Die Quellen geben uns darüber keinen bestimmten Aufschluss, wie man sich die Sache theoretisch zurechtgelegt habe; es ist aber eher zu vermuthen, dass man diese Detentoren als Sachbesitzer ansah.

Es sei hier noch erwähnt, dass auch der Rechtsbesitz eine weit grössere Bedeutung erhielt als im römischen Recht. Während dieses nur einen Besitzschutz für Servituten kannte, dehnte das canonische Recht, wie *Bruns*¹⁾ nachweist, diesen aus auf alle Rechte, „bei denen eine fortdauernde oder sich wiederholende Ausübung und eine Störung dieser Ausübung durch andere denkbar und möglich ist.“ Wie weit das führte, beweist der Umstand, dass man selbst einen „Ehebesitz“ des Ehegatten anerkannte.²⁾

In zweiter Linie ist aber auch der Besitzschutz im canonischen Recht ein viel intensiverer als im römischen Recht, insofern die Klage auf Besitzrestitution nicht nur

¹⁾ Besitz p. 185—197.

²⁾ *Bruns* p. 191. Nach den Ausführungen von *Bruns* ist wohl die Ansicht von *Savigny* (Bes. p. 613—619) nicht haltbar, dass ein Rechtsbesitz nur bei solchen Rechten anerkannt worden sei, die mit dem Besitz und Genuss des Bodens verbunden sind,

gegen den Spolianten geht, sondern auch gegen den dritten Besitzer, wenigstens wenn er *spolii conscius* ist.

Dass bei diesen Neuerungen deutschrechtliche Ideen mitgewirkt haben müssen, ist wohl nicht zu verkennen; es wird sich weiter unten noch Gelegenheit bieten darauf hinzuweisen, dass wohl auch auf die Doctrin der Canonisten deutsche Rechtsanschauungen ihren Einfluss hatten.

III. Das zürcherische Recht.

(Privatrechtl. Gesetzb. für den Kanton Zürich §§ 63—107.)

A. Bestimmung des Besitzbegriffes.

Das zürcherische Gesetz hat die Modificationen, die die römische Besitzlehre durch Theorie und Praxis im 12. — 18. Jahrhundert erfuhr, grossentheils angenommen; besonders kennt es auch einen ausgedehnten und intensivern Besitzes-schutz als das römische Recht, indem es jedem Detentor, der in eigenem Interesse detinirt, die Besitzklagen gibt, und die Besitzrestitutionsklage auch gegen den bösgläubigen dritten Besitzer zulässt.¹⁾

Nach zürcherischem Recht ist nicht zu unterscheiden zwischen Detention und Eigenthumsbesitz, resp. Eigenthumsbesitz und Rechtsbesitz. Als Requisit des Besitzes wird nicht verlangt *animus domini*, sondern einfach *animus rem sibi habendi*, eigenes Interesse. Es geht dies hervor aus § 64 (§ 488 des alten Gesetzbuches):

„Zu dem Besitzerwerbe gehört in der Regel zweierlei:

a) die Aeusserung körperlicher Macht über die Sache, an welcher Besitz ergriffen wird;

b) der Wille, diese Macht in eigenem Interesse zu üben.“ (Vgl. dazu § 66 [490].)

Vom Besitz handelt der § 105 (529): als *Rechtsbesitz* wird geschützt der Besitz von Dienstbarkeiten (Servituten) oder andern Realrechten; in diesem Punkte ist man, nebenbei bemerkt, der canonistischen Doctrin nicht gefolgt.²⁾ Es ist demnach nach zürcherischem Recht zu unterscheiden einerseits zwischen Sachbesitz (Detention zu eigenem Interesse) und Rechtsbesitz (Besitz von Servituten

¹⁾ Zürch. Gesetzb. § 64 und § 83.

²⁾ Vgl. oben p. 49.

und Realrechten) anderseits zwischen reiner Detention und Besitz (Detention mit animus rem sibi habendi).

Zürich unterscheidet sich durch seine Besitzbegriffsbestimmung von andern neueren Gesetzgebungen, die strenge am Requisit des animus domini festhalten, wie das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch § 309, das bürgerl. Gesetzbuch für Sachsen § 186, das preussische Landrecht I. 7, § 3 § 6 § 9, und auch der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich § 797. Doch hat dieses Festhalten am animus domini keinen praktischen Werth bei Sachsen, Preussen und dem deutschen Entwurf, da sie den Detentor nicht nur wenn er Eigenthumsbesitz hat, sondern auch noch unter andern Bedingungen schützen.

Am Weitesten geht unbedingt der deutsche Entwurf, denn er gewährt jedem Detentor Besitzesschutz gegen „verbotene Eigenmacht“ ausdrücklich (§ 819—821).¹⁾ Sachsen gibt die Besitzklagen dem Detentor „welcher eine Sache zur Benutzung oder zum Zweck seiner Sicherung inne hat“ (§ 208), und Preussen sucht sich mit dem Begriff des „unvollständigen Besitzes“ zu behelfen. Unvollständigen Besitz hat nämlich nach § 6 I, 7. der, der „eine Sache oder ein Recht, zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsame übernommen hat;“ gegenüber dem, „der eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt“, dem „vollständigen Besitzer“.²⁾ Der „unvollständige Besitzer“ genießt dann als solcher auch Besitzesschutz. Aber auch der blosse Detentor wird gegen Gewalt geschützt (I, 7 § 141), ausgenommen gegenüber dem, „in dessen Namen er besitzt“ (§ 144).

Im zürcherischen Recht scheint zwar ein Unterschied gemacht zu werden beim Sachbesitz zwischen Eigenthums-

¹⁾ Gegen eine solche Ausdehnung des Besitzesschutzes wendet sich, wie mir scheint, mit Recht *Wendt*: „Besitz und Inhabung. Kritik und Gegenvorschläge“ (für den Entwurf). p. 135 ff. im Arch. für civ. Praxis Bd. LXXIV (N. F, Bd. XXIV) 1889.

²⁾ Mit Recht sagt *Arndts* (civilist. Schriften Bd. III p. 430), dass dies eine unglückliche Terminologie sei, sie erinnere uns unwillkürlich an den „wollenen Strumpfwirker!“

besitz und „abgeleitetem“ Besitz¹⁾; es lautet nämlich der betreffende § 66 (490):

„Wer den Niessbrauch an einer Sache inne hat, der Faustpfandgläubiger und andere Personen, welche ihren Besitz zwar regelmässig von dem Eigenthümer ableiten, aber ein selbstständiges Interesse daran haben, wie der Pächter eines Grundstückes, der Miether einer Sache u. s. f., haben zwar keinen Eigenthumsbesitz, wohl aber Niessbrauch-, Pfand-, Pacht-, Miethbesitz und werden in demselben insoweit geschützt, als die Natur des Rechtsverhältnisses reicht, welches sie durch diesen Besitz ausüben.“

Nach der Definition des Besitzes in § 64 cit. kann eine solche Unterscheidung aber absolut keine Bedeutung mehr haben; nach Aussen unterscheidet sich dieser „abgeleitete Besitz“ durchaus nicht vom Eigenthumsbesitz. Der blosse Detentor, wie der Depositar, der Verwalter etc. geniesst keinen Besitzesschutz, sie haben kein selbstständiges Interesse an der Detention.

Nun könnte es sich aber immer noch fragen, welche Detentoren ein eigenes Interesse hätten, resp. worin dieses Interesse zu bestehen habe. In Wirklichkeit hat beinahe jeder Detentor ein Interesse daran, dass die detinirte Sache intakt in seiner Gewahrsame verbleibe. Ein Depositar, der gewöhnlich ein Vertrauensmann ist, hat gewiss ein Interesse daran, dem Deponenten die Sache wieder unversehrt abzuliefern, so wie sie ihm übergeben wurde,²⁾ und ein Interesse haben ganz besonders der Gastwirth und der Frachtführer bei der Detention übergebener Sachen, denn sie haften für jeden Schaden, der nicht durch vis major oder Selbstverschulden des Uebergebers verursacht wurde.

¹⁾ Vgl. *Rüttimann*: „Die Lehre von dem Besitze, nach den privatrechtlichen Gesetzbüchern der Schweiz“, in der Zeitschrift für schweiz. Recht. p. 19 N. 2 Bd. VIII.

²⁾ Dem Depositar spricht Besitz zu *Bluntschli* in seinem deutschen Privatrecht Bd. I p. 243, anderer Ansicht ist er aber in seinem Commentar zum alten zürch. Gesetzb. zu § 490, 2d,

Das Interesse ist aber von andern Gesichtspunkten aus zu bestimmen: man muss ein Interesse haben nicht am Be-
halten, sondern am Halten der Sache; der Detentor muss durch die Detention einen positiven eigenen Vermögensvor-
theil geniessen; er muss durch die Detention besser gestellt sein als er es ohne sie wäre, sei es dass der Nutzungswerth der detinirten Sache factisch sein Einkommen vergrössert, sei es dass dieser einen ungesicherten Theil seines Vermögens sicher stellt. Das erstere wird der Fall sein beim Usufructuar, Pächter, Miether und ähnl., das letztere beim Pfandgläubiger und Retentionsberechtigten.

Der Sequester wäre demgemäss nach zürcherischem Recht nicht mehr als Besitzer zu behandeln; indessen dürfte es sich doch fragen, ob es wirklich die Absicht des Gesetzes sei, den Sequester vom Besitzesschutze auszuschliessen,¹⁾ denn er bedarf der Besitzklagen nothwendig.²⁾

B. Der Besitz der interessirten Detentoren.

I. Nothwendigkeit des Besitzesschutzes für dieselben.

Ist die Ausdehnung des Besitzesschutzes auf die Sachinhaber, die die Sache zu eigenem Interesse detiniren, gerechtfertigt? *Bruns*³⁾ billigt sie und *Bluntschli* sagt dazu,⁴⁾ dass dies dem „Sinne des deutschen Rechts und der modernen Entwicklung“ entspreche. Dagegen opponirt aber *Heusler* gegen eine solche Ausdehnung und bestreitet, dass der Miether nach deutschem Recht Besitz gehabt habe.⁵⁾

¹⁾ Bemerkenswerth ist, dass *Bluntschli*, der Redactor des Gesetzes, in seinem Commentar zu § 66 (490) bei der Aufzählung der Fälle wo kein Besitz vorhanden sei, des Sequesters gar nicht gedenkt.

²⁾ Vgl. oben p. 32.

³⁾ *Bruns*, Besitzklagen § 21.

⁴⁾ Deutsches Privatrecht Bd. I § 56 Nr. 3, d.

⁵⁾ *Heusler*, Gewere p. 119, 464. *Stobbe*, Gewere p. 459,

Werfen wir rasch einen Blick auf das germanische Recht.

Dem Besitz entspricht im deutschen Recht die *Gewere*. *Gewere* war ursprünglich gleichbedeutend mit *vestitura* oder *investitura* und bezeichnete den Besitzübertragungsakt, die Einkleidung in den Besitz eines Grundstücks;¹⁾ später verstund man dann aber unter *Gewere* die thatsächliche Herrschaft über das Gut selber, das Wort bedeutet nun also Besitz.²⁾ Eine *Gewere* gab es ursprünglich nur an Grundstücken, nicht an beweglichen Sachen, da die Mobilien gleichsam als Zubehörde des Gutes galten; die *Gewere* an dem Grundstück schloss die *Gewere* an den darauf befindlichen Mobilien in sich.³⁾ Erst später sprach man von einer *Gewere* an beweglichen Sachen, aber nur bei einem Complex von Mobilien⁴⁾ (wie z. B. bei der *Gerade*). Dagegen kannte man frühe auch eine *Gewere* an Rechten, und zwar an allen Rechten, die Gegenstand eines Lehens sein können.⁵⁾

Ueber die juristische Natur und Bedeutung der *Gewere* war man lange im Unklaren, bis nun *Heusler*, wie es scheint, mit der Begründung seiner Ansicht durchgedrungen ist, dass *Gewere* bedeute den „in Nutzung des Gutes sich manifestirenden Besitz“,⁶⁾ dem als solchem rechtliche Bedeutung zukomme. Wer das „gut in nut und gelde“ hat, hat die *Gewere*

1) *Kraut*: Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht 6. Aufl. § 78 Nr. 1 p. 184.

2) Dass *Gewere* „Besitzrecht“ bedeutet habe (*Stobbe*, *Gewere*, in *Ersch und Grubers Encyklopädie* p. 465, vgl. auch in s. *Privatrecht* Bd. II. p. 12), wird von *Heusler* (*Gewere* p. 206, *Institutionen des deutsch. Privatr.* Bd. II p. 20, 23 f.) entschieden bestritten.

3) Diesen schon von *Albrecht* (*Gewere* p. 19 f.) aufgestellten Satz begründete von Neuem *Heusler*, *Gewere* p. 278 ff. Dagegen *Stobbe*: *Gewere* p. 467. *Privatr.* p. 13 N. 8. Mit Andern schreibt er jedem Detentor die *Gewere* zu. *Stobbe* an letzterem Orte. *Laband* i. s. Recension von *Heuslers Gewere*: krit. Viert. schr. Bd. XV p. 416 f.

4) *Heusler*, *Gewere* p. 286. *Stobbe*, *Privatr.* Bd. II. p. 14.

5) *Heusler*, *Gewere* p. 274. *Stobbe*, *Gewere* p. 476.

6) *Heusler*, *Gewere* p. 59 ff.

am Gut. Sächs. Lehn. 14 § 1: „En gut mach maniges herren sin, also dat it en von deme anderen hebbe; doch mut enes die gewere sin. Svie so it in nut unde in gelde hevet unde den tins dar ut nimt, it si wif oder man, die hevet die gewere dar an, unde deme sal man dar af antwerden, of dar jeman uppe misse dut.“¹⁾

Nicht jedes factische Inhaben eines Grundstückes begründet also die Gewere, nur wenn der Inhaber die Nutzung aus dem Gute zieht. Dagegen ist thatsächliches persönliches Innehaben nicht nothwendig; es kann ein Dritter detiniren, so habe ich doch allein die Gewere, wenn ich die Nutzung habe; jener Dritte erscheint als Stellvertreter in meinem Besitz. Diese Gewere nennt man auch hebbende,²⁾ brukende Gewere, ihren Gegensatz bildet die blosse Detention.

[Einen Schutz des Besitzes als solchen kennt das germanische Recht nicht.³⁾ Der Besitz als solcher kam aber in Betracht im Prozess, wenn der Besitz streitig war. Es wurde dann vorerst eine Untersuchung über den Besitzstand eingeleitet, also ein possessorisches Verfahren. Dieses „possessorium“ war aber kein selbstständiges, es handelte sich nur um Ordnung der Parteirollen und zog nothwendig das petitorische Verfahren nach sich; es kam nie zu einer Trennung von possessorium und petitorium.

¹⁾ Vgl. auch die Stellen bei *Stobbe*, Gewere p. 450—452. *Bruns*, Besitzklagen p. 228. *Stobbe*, Priv.-R. Bd. II § 72 Nr. 4.

²⁾ *Richtst. Landr.* 29 § 7: „eine hebbende were, dat is dat du de nud darut bovest.“

³⁾ Es waren jedoch an den Besitz gewisse Prozessvorteile geknüpft. Wer nämlich die Gewere hatte, war „näher zum Eide“, als der Nichtbesitzende. (*Delbrück* d. Klage p. 36 ff.) Sächs. Landr. III, 32 § 6: „Sve die gewere hevet an enem manne, die mut ine mit mereme rechte vertügen, denn jene die ir darvet.“ Man hatte auch den Grundsatz, dass der mit Gewalt Entwerte angesehen werden sollte, als ob er die Gewere noch hätte, d. h. er sollte sein Beweisrecht nicht verlieren. Schwäb. Lehn. 96: „dem man sin lehen mit gewalte nimt, der verlieret weder lehen noch gewer.“

Anfänge eines Besitzschutzes, und zwar gegen Dejection, finden sich freilich später, indem nach einigen Landfriedensbestimmungen¹⁾ der gewaltsam Dejicirte auf seine Klage hin, wenn er die Dejection bewies, ohne Weiteres wieder für solange in den Besitz eingesetzt wurde, als er desselben hatte entbehren müssen. Früher erfolgte eine Restitution bei Dejection überhaupt nur, wenn der Dejicient kein Recht an der Sache nachweisen konnte.]

Bestritten ist nun, dass der Miether nach deutschem Recht Gewere gehabt habe,²⁾ weil er, obschon „er im eigenen Interesse besitze, doch keine Früchte ziehe“, wogegen dann dem Pächter Gewere zugeschrieben wird.³⁾ Wie sich dies im deutschen Recht wirklich verhielt, kann ich nicht entscheiden, nur scheint mir das von *Heusler*⁴⁾ gebrachte Zeugnis nicht gerade vielbedeutend und entscheidend.

Mir scheint nun aber mit den deutschen Grundsätzen ganz vereinbar zu sein, wenn man auch dem Miether die Gewere zuschreibt, besonders wenn man sie dem Pächter zuspricht; denn das Verhältniss des Pächters zur Sache und zum Verpächter unterscheidet sich nicht wesentlich von dem des Miethers zur Sache und zum Vermiether. Der Eigenthümer hat einmal die Nutzung des Gutes nicht mehr, das er verpachtet oder vermietet, er überlässt die Nutzung der Sache gegen ein Aequivalent, das Pacht- resp. Miethgeld, dem Pächter resp. Miether. Diese haben die unmittelbare Nutzung der Sache, der Eigenthümer zieht keinen Nutzen aus der Sache, sondern durch Vergeben derselben.

Dass sich aber der Pächter vom Miether nicht unterscheidet, dürfte leicht zu erweisen sein. Die Nutzung einer

¹⁾ Im Landfrieden Ottokars für Oesterreich um das Jahr 1251 (siehe bei *Stobbe* Priv.-R. Bd. II § 73 N. 19) und im baierischen Landfrieden von 1281 Art. 4 (siehe bei *Bruns* Besitz p. 326).

²⁾ Vgl. oben p. 54 N. 3, 4.

³⁾ *Stobbe*, Priv.-R. Bd. II p. 16; § 72 N. 25.

⁴⁾ Gewere p. 119.

Sache muss ihrer Zweckbestimmung entsprechen, das heisst die Nutzung ist der der Zweckbestimmung entsprechende Gebrauch der Sache. Wenn nun beim Pächter die Nutzung im Bezug von Früchten besteht, so kann sie beim Miether eben nur im Bewohnen des Hauses bestehen. Es kann doch nicht von Bedeutung sein, dass der Miether keine Früchte ziehe, denn wenn der Eigenthümer selber das Haus bewohnt, so zieht er ja auch keine Früchte daraus, und ihm wird doch Niemand die Gewere abstreiten wollen. Die Nutzung bleibt sich aber ganz die gleiche, ob der Eigenthümer oder der Miether das Haus „nutze“.

Wenn man desshalb etwa noch Bedenken tragen wollte, dem Miether und Pächter Gewere zuzuschreiben, weil sie kein *jus in re* hätten; desshalb keine Gewere haben k ö n n t e n, weil den „Deutschen nur ein *jus in re*-Besitz“ bekannt gewesen sei,¹⁾ so ist zu bedenken, dass die Miethe im deutschen Recht nicht wie im römischen rein obligatorisch war, sondern geradezu etwas von dinglichem Recht an sich hatte; daran erinnert uns das deutsche Rechtssprichwort „Kauf bricht nicht Miethe“. Einen beschränkt dinglichen Charakter hat die Miethe aber auch heute nach vielen Particularrechten, wenn man bei Veräusserung des Miethsobjects vom Käufer, dem Singularsuccessor des Vermiethers, Beobachtung der gesetzlichen Kündigungsfristen verlangt,²⁾ ja das Miethrecht kann sogar absolut dinglich wirkend werden durch Eintragung in das Grundbuch.³⁾

¹⁾ *Heusler*, Gewere p. 119 und § 3.

²⁾ *Preuss. Landr.* I, 21, § 358: „Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert.“ Vgl. auch: *Oestr.* § 1120. *S. O. R.* Art. 281 Abs. 2. *Altes zürch. Pr.-R.* § 1495 und *Entwurf des deutschen b. G.-B.* §§ 509, 510, 526, 537. *Arndts civil. Abhdlg.* p. 419 Bd. III.

³⁾ *Oesterreich* § 1095: „Wenn ein Bestandvertrag (Miethe oder Pachtvertrag) in die öffentlichen Bücher eingetragen ist; so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches auch dernachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit sich gefallen lassen muss.“ Ebenso im *neuen zürch. R.* § 399 (1512 Abs. 2 des alten Ges.).

Die Nothwendigkeit eines Besitzesschutzes für den Miether und Pächter lässt sich auch nicht läugnen. Die Interessen des Miethers und Vermiethers decken sich nicht immer; eine Besitzstörung schadet unter Umständen dem Eigenthümer nicht, wohl aber dem Miether. Wesshalb soll nun nur der Vermiether, der von der Störung gar nichts spürte, klagen dürfen auf Verbot dieser Störung und nicht der Miether, der doch allein betroffen wurde; wesshalb soll der Vermiether verantwortlich sein, wenn ich ohne sein Verschulden in der Ausübung meines Miethrechts gestört werde; wesshalb soll er meine Vertheidigung übernehmen, wenn ich mich selber vertheidigen kann? Ich bin als Miether in erster Linie in meinem Interesse beeinträchtigt worden, ich muss mir diese selber wahren können, muss also auch ein selbstständiges Klagerecht haben.¹⁾ Dass aber die Besitzklagen die geeignetsten Rechtsmittel seien, dürfte ausser Frage sein.²⁾

Dem Miether und Pächter müssen wir aber den Commodatar gleichstellen, er unterscheidet sich ja nur dadurch von jenen, dass er die Sache unentgeltlich in Nutzung hat.

Nun könnte zwar vielleicht noch in Frage kommen, ob es denn nothwendig sei, diesen Detentoren Besitz zuzuschreiben, wenn man ihnen die Besitzklagen geben wolle. Das sächsische und preussische Gesetzbuch und der deutsche Entwurf anerkennen nur den Eigenthumsbesitzer als Besitzer, geben aber die Besitzklagen auch anderen Detentoren,³⁾ anerkennen also die Nothwendigkeit des Besitzesschutzes für diese, ohne dass sie ihnen Besitz zuschreiben. *Randa*⁴⁾ billigt

¹⁾ Vgl. auch *Bluntschli* d. Privr. Bd. I p. 243 f.

²⁾ Dass es gefährlich wäre, dem Miether neben dem Vermiether die Besitzklagen zu geben, wie *Heusler* (Gewere p. 465) darzuthun versucht, scheint mir nicht gegeben zu sein. Hatten doch auch die Römer kein Bedenken, dem Usufructuar und Usuar die Besitzinterdicte neben dem Eigenthümer zu geben, also wirklich „doppelte Besitzklagen“ zuzulassen.

³⁾ Vgl. oben p. 52.

⁴⁾ Besitz § 1 N. 13.

dieses Vorgehen, „da nur hiedurch nicht bloss die Reinheit und Schärfe der Begriffe gewahrt, sondern auch bei der Bedeutung des Besitzes für die Ersitzung bedenklichen Verwirrungen vorgebeugt“ würde. Solche bedenkliche Verwirrungen haben sich aber doch im römischen Recht nicht eingestellt, trotzdem man dem Emphyteuta, Pfandgläubiger etc. Besitz zuschrieb! Dann scheint mir diese Konstruktion überhaupt nicht praktisch. Es erscheint doch höchst sonderbar, wenn man sagt: für den ganz bestimmten Fall, dass Einer eine Sache detinirt mit dem Willen, sie als die seinige zu behandeln, geben wir ihm besondere, für diesen Zweck geschaffene Rechtsmittel zu seinem Schutze; diese Rechtsmittel geben wir aber auch anderen Detentoren, die diesen animus domini nicht haben! Dann sind ja doch diese Rechtsmittel nicht zum Schutze des Besitzes erfunden worden, sondern zum Schutze der Detention, sind also keine Besitzklagen, sondern Detentionsklagen.

Mir scheint es doch richtiger zu sagen: Die Besitzklagen dienen zum Schutze des Besitzes. Der Besitz wird geschützt, weil der Besitzer ein Interesse an diesem Schutze hat; wer nun dieses gleiche Interesse hat, muss Besitz haben, ist durch die Besitzklagen zu schützen. Wer die Besitzklagen hat, ist Besitzer. Dies war auch der Standpunkt der Römer, sie schrieben dem Sequester nur deshalb Besitz zu, weil er der Besitzklagen bedurfte.

II. Art des Besitzes derselben.

Haben die Detentoren in eigenem Interesse, wenn sie nicht Eigenthumsbesitzer sind, Sachbesitz oder Rechtsbesitz? Es soll dargethan werden, dass sie Sachbesitz haben.

Der Begriff „Besitz“ wird von den Meisten bestimmt als Innehaben einer Sache (corpus) mit der Absicht, die vollständige Herrschaft über dieselbe auszuüben (animus domini).

„Besitz“ soll also ein dem Eigenthum correspondirender Begriff sein, man charakterisirt daher selbst den „Besitz“ als „thatsächliches Abbild des Eigenthums.“¹⁾ „Besitz“ ist also ein juristischer, rein technischer Begriff. Dieser juristische Besitz besteht aus zwei Elementen: 1. dem corpus, 2. dem animus domini.

Ist nun einmal dieser Begriff von Anfang an so fixirt, so kann natürlich das Herrschaftsverhältniss des Usufructuars etc. nicht „Besitz“ sein. Wir dürfen dann aber auch nicht von „Rechtsbesitz“ schlechthin sprechen; das kann nur im uneigentlichen Sinne geschehen. Wir sprechen nicht von einem Eigenthum an Rechten und sprechen auch nicht von vollständiger Herrschaft über ein Recht; wir dürfen also in der angenommenen Definition des Besitzes nicht einfach für die Sache ein Recht einsetzen, um so die Unterscheidung von Sachbesitz und Rechtsbesitz zu gewinnen. Wir können reden von Besitz eines Kornfeldes, oder Besitz eines Kartoffelackers, oder Besitz eines Hauses, so bleibt sich die juristische Analyse des Rechtsverhältnisses gleich, denn „Sache“ ist der Gattungsbegriff für jene speziellen Begriffe, er umfasst diese alle. Wollen wir aber von Besitz eines Rechtes reden, so ist das etwas ganz anderes: ein Recht kann in Wahrheit gar nicht besessen werden. Das sagten schon die Römer:

l. 3 pr. de poss. 41, 2: possidere autem possunt quae sunt corporalia,

l. 4 § 27 de usurp. 41, 3: nec possideri intelligitur jus incorporale. Vgl. auch l. 32 D. de Serv. praed. urb. 8, 2.

und sie sprachen daher auch nicht von einer „juris possessio“, sondern von einer „juris quasi possessio“. Die Begriffsbestimmung dieser „juris quasi possessio“ kann also nur etwas

¹⁾ Windscheid, Pand. Bd. I § 149 N. 5: „Der Besitz ist das thatsächliche Abbild des Eigenthums; derselbe Willensinhalt, welcher rechtlich anerkannt das Eigenthum ausmacht, macht, indem er sich thatsächlich zur Geltung bringt, den Besitz aus.“

Ähnliches haben mit der „*possessio*“. Worin besteht nun dieses Ähnliche: Nicht in der Thatsache des Innehabens, sondern nur in der Thatsächlichkeit im Allgemeinen; das thatsächlich sich Äussernde ohne Berücksichtigung allen Rechtes wird ins Auge gefasst: wie man thatsächlich eine totale Herrschaft (über eine Sache), also Eigenthumsrecht ausüben kann, so kann man auch thatsächlich jedes Recht, resp. dessen Inhalt, ausüben. Nur an die äusserliche Gleichheit mit der *possessio* soll der Begriff „*juris quasi possessio*“ erinnern, die innere Gleichheit oder Ungleichheit der *possessio* und *juris quasi possessio* fällt dabei ausser Betracht.

Das Charakteristische für diesen neuen Begriff der *juris quasi possessio* ist also: thatsächliche Ausübung eines Rechtes; und ferner gehört naturgemäss dazu das Bewusstsein, die Absicht, den betreffenden Rechtsinhalt auszuüben. Hier ist nun der Begriff „Recht“ auch ein Gattungsbegriff, der verschiedene spezielle Begriffe umfasst, wir können an Stelle desselben also jeden Unterbegriff setzen, also sowohl Eigenthum wie *Ususfruct*, *Emphyteusis*, eine *Praedialservitut*, ein Herrlichkeitsrecht etc., der Begriff Rechtsausübung umfasst eben die Ausübung aller speziellen Rechte. Das Wichtigste für uns ist aber nun, dass der Eigenthumsbesitz auch unter den Begriff der *juris quasi possessio* fällt, so gut wie jeder andere Rechtsbesitz.

Identificirt man nun aber „Sachbesitz“ mit „Eigenthumsbesitz“, so sind „Sachbesitz“ und „Rechtsbesitz“ gar keine Gegensätze, denn der Eigenthumsbesitz ist ja Rechtsbesitz, das muss also auch beim „Sachbesitz“ der Fall sein. Damit kann uns aber nicht recht gedient sein, weil wir eben Sachbesitz von Rechtsbesitz unterscheiden wollen. Wir müssen also einfach einen Unterschied, der zwischen beiden bestehen soll, erst feststellen: „Sachbesitz“ ist also einstweilen ein Begriff, der erst noch juristisch zu bestimmen ist. Wie er aber zu bestimmen sei, dürfte sich aus Folgendem ergeben.

Der Sachbesitz soll natürlich ein qualificirter Rechtsbesitz sein. Dadurch ergibt sich eine Unterscheidung von qualificirtem und unqualificirtem, blossem Rechtsbesitz. Worin soll nun aber diese Qualification bestehen, welche Arten von Rechtsbesitz sind qualificirt? Gewiss diejenigen, welche im „Inhaben einer Sache eine thatsächliche Darstellung“ finden,¹⁾ d. h. derjenige Rechtsbesitz ist qualificirt, der Detention einer Sache voraussetzt, bedingt. Nennen wir nun diesen qualificirten Rechtsbesitz, weil er eine Sache in ihrer Totalität umfasst, Sachbesitz, so wäre dieser Sachbesitz zu definiren als: thatsächliche Ausübung eines Rechts, das Detention der Sache verlangt, oder umgekehrt: Detention ist Sachbesitz, wenn sie zum Zwecke der Ausübung eines Rechtes ausgeübt wird. Dass diese Unterscheidung von Sachbesitz und (einfachem) Rechtsbesitz praktisch und natürlich ist, lässt sich leicht dathun. Der Besitz des Eigenthumsbesitzers unterscheidet sich äusserlich nicht von dem der Detentoren zu eigenem Interesse. Ihre Herrschaft über die Sache ist Dritten gegenüber natürlich so ausschliesslich wie der Eigenthumsbesitz, aber auch dem Eigenthümer gegenüber sind sie selbstständig; denn der Eigenthümer hat keine Berechtigung, sie in dem ruhigen Genusse irgendwie zu beeinträchtigen, er darf sich keine störende Einwirkung auf die Sache erlauben.

Ferner: Der Usufructuar (ich wähle diesen als Repräsentant der Detentoren zu eigenem Interesse, die nicht Eigenthumsbesitz haben), der dejicirt wird, wird nicht aus dem Rechte dejicirt, sondern aus der Sache selber, nur geht er eben durch Entzug der Sache seines Rechtsbesitzes verlustig. Wenn er nun auf Restitution des Besitzes klagt, verlangt er zwar im Grunde genommen Rückgabe, d. h. Anerkennung seines Rechtsbesitzes, im Effect fordert er dagegen einfach Rückerstattung der Sache. Und wenn er Schutz gegen Störung verlangt, so verlangt er zwar in Wahrheit,

¹⁾ *Arndts civil. Schriften* Bd. III p. 417.

dass ihm an seinem Rechtsbesitz nichts verkümmert werde, aber in erster Linie will er doch nur die Garantie, dass ihm die Sache in ihrem jetzigen Zustand erhalten bleibe.

Endlich dürfte aber Folgendes ausschlaggebend sein. Der blosse Rechtsbesitz, also der Besitz von Praedialservituten, Realrechten, Herrschaftsrechten, qualificirt sich immer in der Besitzhandlung selbst: wenn ich die einzelnen Besitzhandlungen nachweise, so ist man sofort im Klaren, was für ein Rechtsbesitz vorliege. Das ist nun aber bei unserem „qualificirten Rechtsbesitz“ nicht der Fall. Der Besitz wird also meist damit bewiesen werden, dass man Besitzhandlungen nachweist. Wie beweist aber der Usufructuar seinen Rechtsbesitz? Unterscheiden sich vielleicht seine Besitzhandlungen in irgend etwas von denen des Eigenthumsbesitzers, des Emphyteuta, des Pächters etc.? Gewiss nicht. Keiner von diesen könnte nachweisen, dass er im Besitze eines ganz bestimmten Rechtes sei, sie können und müssen aber alle nachweisen, dass sie allein Besitzhandlungen an der Sache vorgenommen haben, dass ihnen ausschliesslich die Herrschaft über die Sache thatsächlich zustehe.

Damit hat sich nun aber die Berechtigung unbedingt ergeben, einen qualificirten Rechtsbesitz vom Rechtsbesitz überhaupt auszuscheiden und diesen Sachbesitz zu nennen; letzteres, weil es sich in diesen Fällen immer um eine Sache in ihrerer Totalität handelt.

III. Mehrfacher Besitz an einer Sache?

Das zürcherische Gesetz (§ 66) kennt also einen Eigenthumsbesitz, Niessbrauchbesitz, Pachtbesitz etc. Wie verhalten sich nun aber diese verschiedenen Besitze zueinander; schliesst ein Besitz den andern aus, oder können sie nebeneinander an einer Sache bestehen?

Diese Frage mussten sich schon die Römer beantworten. Man schrieb dem Faustpfandgläubiger, dem Sequester, dem Precaristen, dem Emphyteuta Besitz zu: hatte nun der Eigen-

thümer auch noch Besitz, oder hatte er ihn nicht mehr? Die Juristen waren verschiedener Meinung. Es schien ihnen, dass, wenn man dem Eigenthümer auch noch Besitz zuschreiben würde, eine *possessio plurium in solidum* vorläge, und der Streit drehte sich nun darum, ob eine solche *possio plurium* überhaupt denkbar, möglich sei. Dazu sagt *Paulus* libro LIV ad Edictum (l. 3 § 5 de poss. 41, 2):

„Plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est, ut, quum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem *Trebatius* probat existimans, posse alium juste alium, injuste possidere; duos injuste, vel duos juste non posse; quem *Labeo* reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat; quod et verius est, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.¹⁾

Während also *Sabinus* allgemein eine *possessio plurium in solidum* für möglich gehalten zu haben scheint, will *Trebatius* dies nur für den Fall zugeben, dass Einer die Sache juste, ein Anderer injuste besitze. *Labeo* dagegen, dem *Paulus* beipflichtet, läugnet die Möglichkeit überhaupt und sagt, es komme bei dem Besitz im Allgemeinen nichts darauf an, ob er fehlerhaft sei oder nicht. Der Grund, wesshalb man eine *possessio plurium* vertheidigte, mag wohl nur darin zu suchen sein, dass man einerseits die Nothwendigkeit eines Besitzschutzes für den Precaristen etc. einsah, anderseits es aber unbillig fand, dem Eigenthümer dann die Besitzklagen zu verweigern. Es scheint aber doch die Ansicht *Labeo's* die herrschende gewesen zu sein, infolge dessen sprach man einfach dem Eigenthümer Besitz ab.²⁾

¹⁾ Dagegen spricht l. 15 § 4 de precar. 43, 26 ganz bestimmt aus, dass der precario dans neben dem precario accipiens besitze. Vgl. auch l. 3 pr. uti possid. 43, 17.

²⁾ Vgl. oben p. 33 f.

Diesen Standpunkt nimmt die Glosse nicht mehr ein; die Glossatoren schreiben vielmehr in diesen Fällen dem Eigenthümer Besitz zu, sie helfen sich damit, dass sie ein wenig mit den Begriffen *civilis* und *naturalis possessio* operiren. Bei der *possessio civilis* soll der *animus possidendi* das Wesentliche sein, bei der *naturalis possessio* das *corpus*.

Azo und die ihm Folgenden unterscheiden *civilis* und *naturalis possessio* so, dass *civilis possessio* Besitz ohne Detention der Sache bedeute,¹⁾ *naturalis possessio* aber Detention mit *animus possidendi*.

Johannes Bassianus unterscheidet aber geradezu zweierlei Besitze an einer Sache, die beliebig entweder in einer Hand vereinigt sein oder zwei verschiedenen Personen zustehen könnten (bei *Bruns*, Besitz p. 108):

„*Duae sunt possessiones ejusdem rei, et duae substantiae possessionis ejusdem rei, una civilis et alia naturalis. Nam si possideo istam rem animo et corpore, ex ea parte, qua possideo animo, possideo civiliter, ex ea parte, qua possideo corpore, possideo naturaliter. — igitur apparet, quod aliquis potest possidere civiliter et naturaliter, vel civiliter tantum, vel naturaliter tantum.*“

So konnte man sich nun mit Leichtigkeit helfen; man brauchte nicht mehr gerade eine *possessio plurium* anzunehmen, man schrieb dem Einen einfach *civilis*, dem Andern *naturalis possessio* zu: der Lehensmann, der Emphyteuta, Usufructuar etc. hatten Naturalbesitz, dem Eigenthümer blieb aber Civilbesitz. Das wird gesagt u. A. in der glossa „*ex contrario*“ zu l. 3 de poss. 41, 2 a. E.: „*potest unus civiliter alter naturaliter possidere: sicut fructuarius et proprietarius, item dominus et vasallus, item dominus et emphyteuta.*“

¹⁾ „Civiliter possidet, qui, quamvis rei non insistat, civilis juris interpretatione, eam tenere ac possidere intelligitur. (*Duarenus*, bei *Savigny*, Besitz § 10, p. 155.)

²⁾ Haec talis possessio, quam quis corpore suo et animi affectu adipiscitur, naturalis est, i. e. de jure naturali (*Azo*, bei *Bruns*, Besitz p. 110)

So einfach dieses Auskunftsmittel war, so unlogisch und ungeschickt war es auch. Wie, wenn nun noch ein Dritter in Beziehungen zur Sache trat, sie in Detention bekam? Diese Frage wird zwar in derselben Glosse aufgeworfen:

„sed quid, si ille, qui habet naturalem tantum (possessionem) ut vasallus et similes alii, det in feudum vel emphyteusin, an habeat postea civilem?“ darauf aber nur die unbefriedigende Antwort gegeben: „Respondeo secundum Joh. naturalem transferre.“

Der Vasal hat also Naturalbesitz, und wenn er sein Lehen an einen Dritten austut, so überträgt er damit zugleich seinen Naturalbesitz. Aber in welchem Verhältniss steht er nachher zu der Sache? darauf erhalten wir keine Antwort. Hat er nun überhaupt keinen Besitz mehr? Das kann nicht wohl sein; seinem Lehensherrn gegenüber muss er doch als naturalis possessor gelten, auf der andern Seite muss er aber dem Aftervasallen gegenüber als civilis possessor erscheinen, denn sein Verhältniss zum Untervasall ist ja das gleiche, wie das seines Lehensherrn zu ihm selber. Da wird man schwerlich einen Ausweg finden (man müsste denn vielleicht für den Besitz des Vasallen den Begriff einer „civilis naturalis“ possessio aufstellen!), die Untauglichkeit dieser Theorie muss in die Augen fallen.

Woher kam aber diese sonderbare Theorie von der civilis und naturalis possessio? *Savigny* nimmt an, dass sie auf einer falschen Auslegung der l. 10 Cod. de possessione 7, 32 beruhe;¹⁾ *Delbrück* dagegen glaubt, dass ihr deutsche Rechtsanschauungen zu Grunde liegen.²⁾

Nach deutscher Anschauung soll nämlich ein mehrfacher Besitz an ein und derselben Sache bestehen können,

¹⁾ Besitz p. 154. Die Stelle lautet: Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam quae jure consistit, aliam quae corpore.“ Ueber ihre Bedeutung am gl. O. p. 210.

²⁾ Dingl. Klage p. 101 f. „Die Gewere des germanischen Rechts war es, welche nach dem Zusammenstoss in den Anschauungen der modernen Völker fortlebend, unter dem Namen der possessio civilis in die Wissenschaft eindrang und unerkannt ihre Herrschaft fortsetzte.“

so dass z. B. der Lehensherr neben dem Vasall eine Gewere am Lehnsgut hätte. Die Glossatoren müssten dann diese deutsche Auffassung ins römische Recht hineingetragen, resp. die Begründung dieses deutschen Rechtssatzes im römischen Recht gesucht haben, was dann natürlich diese Zerreißung des römischen Besitzbegriffs zur Folge hätte haben müssen.

Dass man aber im deutschen Recht wirklich eine mehrfache Gewere gekannt habe, ist gar nicht unbestritten. Früher nahm man dies zwar allgemein an,¹⁾ es erhoben sich aber gegen diese Ansicht gewichtige Stimmen.

Heusler wollte schon in seiner Gewere (p. 122 ff.) nur in eng begrenzten Fällen eine mehrfache Gewere anerkennen. Er geht dabei aus von der Lehre vom Obereigenthum und Untereigenthum (*dominium directum* und *dominium utile*) und thut zuerst dar, dass diese Begriffe nicht nur uneigentlich anwendbar seien, sondern dass sie „vielmehr Ausdruck eines gesunden und lebensfähigen Rechtsgedankens“ gewesen seien, weil in jeder der drei unter Hof-, oder Lehen-, oder Landrecht stehenden Klassen der betreffende Klassenangehörige „das volle Recht am Gute gehabt habe, das die Rechtsphäre, der er angehörte, kannte.“²⁾ Dem entsprechend habe nun auch jedem in seinem Rechtskreise den Gleichberechtigten gegenüber die Gewere zugestanden, nur in diesen Verhältnissen sei aber eine mehrfache Gewere möglich gewesen. Nach *Heusler's* Ansicht stellen sich dann diese verschiedenen

¹⁾ *Stobbe*, Gewere p. 464.

²⁾ Es ist aber gewiss daran festzuhalten, dass die Bezeichnung des Rechts des Vasallen am Gute mit Untereigenthum oder *dominium utile* unpassend ist. Der Begriff Eigenthum hat einmal seine charakteristischen Merkmale, er ist bestimmt normirt und abgegrenzt; wo nur eine Bedingung fehlt, da kann man nicht von Eigenthum reden. Charakteristisch für das Eigenthum ist aber, dass es das Recht der vollständigen Verfügungsfreiheit in sich schliesst, also auch das Recht der Veräusserung, Zerstörung etc. Dieses Recht ist aber in dem Recht des Vasallen nicht enthalten, also kann er auch kein Eigenthum haben. Von eigentlichem und uneigentlichem Eigenthum zu reden, ist aber gewiss nicht unbedenklich.

Geweren so zueinander, dass nach innen in einem Streit zwischen dem Oberberechtigten mit dem Unterberechtigten die Gewere des letztern die des ersten ausschliesse, d. h. der Lehensherr hätte seinem Lehensmann, der Grundherr dem Colonen gegenüber die Gewere aufgegeben; im Streite mit Dritten erschiene aber der Unterberechtigte nur als Besitzstellvertreter des Oberberechtigten, weil dessen Gewere die des erstern in sich schliesse.¹⁾ Neuerdings, in seinen Institutionen p. 25—33, geht aber *Heusler* von dieser Ansicht ab und bestreitet überhaupt die Möglichkeit einer mehrfachen Gewere.

Diesen Standpunkt nimmt auch *Stobbe* ein;²⁾ er spricht dem Lehensherrn, wie jedem Eigenthümer, der sein Gut in fremde Gewere gegeben hat, eine eigene Gewere ab; denn er habe diese mit dem Gute übertragen; das soll aber nicht hindern, dass er sich im Prozess gegen Dritte auf seine Gewere berufen dürfe: „seinem Gegner gegenüber erscheint der Besitz als ebenso qualificirt, wie wenn er ihn durch einen Verwalter oder Miether ausübte.“

Entgegen dieser Ansicht sucht *Laband*³⁾ nachzuweisen, dass dem Oberherrn eine eigene Gewere zugeschrieben wurde, was auch wirklich folgende Stellen deutlich auszusprechen scheinen: Sächs. Lehn. 7 § 3:

„Svelk herre en gut liet sinen manne, dar mede n'is ime de gewere nicht gevertet jegen sinen herren, of ime sin herre des gudes nicht bekant, so doch sin man von sinenthalven dat gut in geweren hadde.“

Sächs. Lehn. 38 § 2: „Al hevet die man it gut in

¹⁾ Dieses Verhältniss der verschiedenen Geweren zu einander, nimmt auch an *Laband*: Die vermögensrechtl. Klagen nach den sächs. Ges.-B. 1869 p. 165 und in seiner oben p. 55 N. 3 angeführten Recension p. 394 ff.

²⁾ Gewere p. 464, 466; Privatr. Bd. II § 72 Nr. 6.

³⁾ Vermögensrechtl. Klagen p. 162 ff.

sinen geweren mit der nut, dar umme n'is sime herren die lenes gewere deste vernere nicht.“¹⁾

Wie *Laband* ausführt, scheint man aber nicht nur in den Fällen, in welchen *Heusler* eine mehrfache Gewere annahm (in seiner Gewere), eine solche anerkannt zu haben, sondern auch noch in andern. So heisst es im Schwäb. Landr. 22:

„Ist danne daz ein man sinem friunde gut schaffen wil nach sinem tode . . . wil er imz gar stete machen, so seze (er) im einen zins daruz; da mit hat er die gewer, und mac daz gut nicht verliesen mit rechte.“ Wenn aber durch diese Zinsbestellung der Bedachte die Gewere bekommt, so ist desshalb nicht anzunehmen, dass der Schenker die Gewere damit verliere. Der Zins war doch wohl nur ein geringer, nur formeller, so dass das Gut eigentlich doch ungeschmälert in seiner Nutzung blieb.²⁾

Schon im ältern Recht soll aber auch bei Precarien eine doppelte Gewere bestanden haben (sowohl bei oblatæ als bei datae). Der Eigenthümer soll neben dem Precaristen eine Gewere gehabt haben, obwohl er bisweilen einen ganz unbedeutenden Zins bezog.³⁾

Man scheint nach den Ausführungen *Laband's* annehmen zu müssen, dass der Eigenthümer, dessen Gut in fremder Gewere war, doch auch eine Gewere an demselben hatte, wenn diese „durch thatsächliche Nutzung sich äusserlich manifestirte“, wenn auch die Leistung an den Eigenthümer eine unbedeutende, vielleicht nur rein formelle war.

¹⁾ *Heusler*, Instit. p. 30, gibt, wie mir scheint, diesen Stellen eine gezwungene Auslegung.

²⁾ Wenn *Heusler* (Instit. p. 26—28) jene „Hauptstelle“ des Schwabenspiegels damit entkräften will, dass eine Verwirrung in der Rechtsordnung durch solche doppelte Gewere hätte entstehen müssen, so ist das keine Widerlegung. Auch im römischen Recht hatte man doppelte Besitzklagen, ohne dass dadurch eine Verwirrung in der Rechtsordnung eingetreten wäre. Vgl. oben p. 59 N. 2.

³⁾ *Laband*, vermögensr. Klagen p. 162; *Albrecht*, Gewere p. 195; *Stobbe*, Gewere p. 455.

Die Ansichten über diese mehrfache Gewere sind also, wie gezeigt wurde, ziemlich verschieden. Es darf natürlich nicht ohne eingehendes Quellenstudium die eine oder andere als die richtige bezeichnet werden; dagegen kann man wohl aus juristischen Gründen entscheiden, ob prinzipiell die Ansicht, dass eine mehrfache Gewere an einer Sache bestehen könne, zu billigen oder zu verwerfen sei.

Das zürcherische Gesetz setzt, wie oben angedeutet wurde, die Möglichkeit eines mehrfachen Besitzes voraus; es fehlt wenigstens jeder Grund anzunehmen, dass das Gesetz dem Eigenthümer keinen Besitz zuschreibe, wenn die Sache im Besitze des Pächters, Commodatars, Nutzniessers etc. sich befindet. Es kann sich also nur noch fragen, ob dies zu billigen sei. Dass sich der Eigenthümer im Streit mit Dritten auf Besitz müsse berufen können, wird meines Wissens nicht bestritten; der Pächter, Usufructuar etc. muss in diesem Falle als Besitzstellvertreter des Eigenthümers angesehen werden. Dasselbe gilt für die Ersitzung. Der Eigenthumsbesitzer d. h. der Ersitzungsbesitzer kann sich die Zeit für die Ersitzung anrechnen, während welcher diese Detentoren besitzen, sie gelten also auch in diesem Falle nur für Besitzstellvertreter. In diesen wichtigsten Fällen darf sich der Eigenthümer resp. Ersitzungsbesitzer Besitz zuschreiben; nur im Streit mit dem Sachinhaber darf er sich nicht auf Besitz berufen, und deshalb soll er keinen Besitz haben. Das ist aber noch lange kein Grund, ihm den Besitz abzusprechen, es ist gar nichts Unerhörtes, dass dem Besitzer sein Besitz nicht jedem Beliebigen gegenüber vortheilhaft ist. Wenn ich vi, clam oder precario ab altero besitze, so hat diesem gegenüber mein Besitz keine Bedeutung, ich kann ihm nicht wirksam meinen Besitz entgegenhalten. Wie nun aber der, von dem ich fehlerhaft besitze, meinen Besitz zwar anerkennt, aber durch die Einrede des fehlerhaften Besitzes unwirksam macht, so anerkennt auch der Pächter, Usufructuar etc. den Eigenthumsbesitz neben seinem, macht ihn aber unwirksam durch die Einrede, dass ihm Pachtbesitz etc. eingeräumt

worden sei. Beide Einreden kommen einer *exceptio doli* gleich.

Ein Besitz des Eigenthümers neben dem des Sachinhabers lässt sich aber auch sonst ganz gut construiren. Gehen wir von dem Satze aus, dass Sachbesitz derjenige Rechtsbesitz genannt wird, bei dem zur Ausübung des Rechts die Detention der Sache erforderlich ist, so ist gewiss vor Allem der Eigenthumsbesitz Sachbesitz; es fragt sich nur, darf er noch als solcher aufgefasst werden, wenn ein anderer die Sache detinirt. Wir werden nicht zögern, die Frage zu bejahen, wenn diese Detention durch den Depositar, Verwalter, Mandatar, überhaupt durch solche ausgeübt wird, die nicht zu eigenem Interesse, sondern nur für den Eigenthümer detiniren wollen, nur Stellvertreter in seinem Besitze sind.

Zweifelhafter erscheint es, wenn derjenige, der die Detention hat, zugleich ein Recht an der Sache ausüben will, zu dessen Ausübung auch die Detention nothwendig ist, wenn er also zu eigenem Interesse detinirt; ist es dann noch möglich, zugleich für den Eigenthümer zu detiniren? Ich sehe kein Hinderniss, dies zu bejahen. Er detinirt für sich, insoweit dies zur Ausübung seines Rechts nothwendig ist; dabei kann er aber sehr wohl noch als Stellvertreter des Eigenthümers detiniren. Dass er wirklich auch für den Eigenthümer detinirt, äussert sich darin, dass er nicht frei nach Gutdünken mit der Sache umgeht, sondern sich nur solche Einwirkung auf die Sache erlaubt, wie es die Ausübung seines Rechtes verlangt. Zudem wahrt er übrigens auch durch die Wahrung seiner Interessen die des Eigenthümers, übt also auch insofern seine Detention im Interesse des Eigenthümers aus.

C. Der „ideelle Besitz“.

Aus der letzten Untersuchung muss sich ergeben, dass keine *possessio plurium in solidum* vorliegt, wenn verschiedene Personen *ex diversis causis* Besitz an der Sache beanspruchen. Nur wenn *eadem causa* vorliegt, wenn z. B. Zwei behaupten, Eigenthumsbesitz an der gleichen Sache zu haben, müsste eine *possessio plurium in solidum* vorhanden sein. Es dürfte sich also noch fragen, wie sich das zürcherische Gesetz zu dieser stellt. Es scheint wirklich einen doppelten solidarischen Besitz als möglich vorzusetzen; es deutet darauf die Unterscheidung eines „ideellen“ vom „reellen“ Besitze. Der ideelle Besitz soll concurriren können mit dem reellen Besitz; beide „Besitze“ umfassen die Sache in gleichen Grenzen. Betrachten wir uns einmal diesen sogenannten ideellen Besitz. Es ist davon die Rede in folgenden §§ des zürcherischen Gesetzbuches:

§ 78 (502): „Ist es streitig, welche Partei als gegenwärtiger Besitzer zu betrachten sei, so wird vorläufig derjenigen der Vorzug gegeben, welche zur Zeit den reellen Besitz hat, wenn nicht vorliegt, dass sie auf widerrechtliche Weise die Gegenpartei aus dem Besitze verdrängt habe.“

§ 94 (518): „Diese Klage [die in § 92 (516) erwähnte „dingliche Besitzrechtsklage“] dient auch zum Schutze des ideellen Besitzrechtes, z. B. des Erben [§ 69 (493)] und nicht bloss bei Störungen des reellen Besitzrechtes.“

§ 122 (539): „Die Ersitzung bildet in diesem Falle (§ 121) einen Rechtsgrund des Eigenthumserwerbes, wenn mit dem ideellen Besitzrechte während zehn Jahren reeller Besitz verbunden bleibt.“

Von einem ideellen Besitz ist nun zwar nirgends *expressis verbis* die Rede, nur von einem ideellen Besitzrecht wird gesprochen; die Gegenüberstellung von ideellem und reellem Besitzrecht, zwingt uns aber anzunehmen, dass dem

reellen Besitz in § 78 auch ein ideeller Besitz gegenübergestellt gedacht sei, und dem ideellen Besitzrecht des Erben muss wohl auch ein ideeller Besitz entsprechen. Es soll also vorerst dieser ideelle Besitz behandelt werden, vom ideellen Besitzrecht wird später die Rede sein.

Ideeller Besitz als Gegensatz des reellen Besitzes muss einen Besitz bedeuten, dem das Reelle, Thatsächliche, äusserlich Wahrnehmbare abgeht. (Reeller) Besitz ist vorhanden, wenn einer die thatsächliche Herrschaft über eine Sache ausübt und den Willen hat, diese Herrschaft in seinem Interesse auszuüben; zum Besitz gehört, wie man zu sagen pflegt, das corpus und der animus possidendi. Das Aeusserliche ist dabei natürlich das corpus, dieses muss demgemäss beim ideellen Besitze fehlen. Der ideelle Besitz ist also ein Besitz ohne corpus, ein Besitz der solo animo ausgeübt wird.¹⁾

Ein solches Verhältniss lässt sich auf verschiedene Arten combiniren: 1. Es hängt von mir ab, nach Belieben das thatsächliche Moment zu ergänzen, d. h. zu reproduziren, so dass ich dann reellen Besitz hätte; 2. es fehlt die Möglichkeit einer Reproduction a) weil mich ein Anderer daran hindert, mir den Besitz vorenthält, b) weil ich das corpus noch gar nie hatte.

Das zürcherische Gesetz gibt uns keine Anhaltspunkte, ob es wirklich diese drei Möglichkeiten eines ideellen Besitzes supponire oder nicht. Dieser ideelle Besitz ist indessen von *Bluntschli*, dem Redactor des Gesetzes, in die Besitzlehre gebracht worden und in seinem Commentar zu § 502 des a. Z. G. B. gibt er uns einige Andeutungen über seine Auffassung dieses Begriffes. Es handelt dieser Paragraph vom

¹⁾ „Dem bloss ideellen Besitze fehlt die leibliche Seite des Besitzes gänzlich, auch als Möglichkeit körperlicher Herrschaftsübung, dem reellen fehlt sie niemals, indem sie als fortdauernde Möglichkeit und fortwährende Anlage immer in ihm enthalten ist.“ *Bluntschli's* Commentar zu § 122. Das Widersinnige dieses ideellen Besitzes muss sich sofort ergeben. Das einzig Charakteristische des Besitzes, das Thatsächliche, äusserlich sichtbare geht dem ideellen Besitz ab, und doch soll das noch Besitz sein!

Possessorium summarium und es bemerkt nun *Bluntschli*: „Da es auch einen ideellen Besitz gibt, der noch nicht zum reellen geworden, oder im Augenblick nicht mehr damit verbunden ist — jenes ist der Fall auf Seite des gesetzlichen Erben, dieses nach der Besitzentsetzung des redlichen Besitzers, so kann es zum Konflikte kommen zwischen dem ideellen und dem reellen Besitz der Gegenwart.“ Damit wären die zwei Fälle a und b unter 2) bezeichnet.

*Rüttimann*¹⁾ will den ideellen Besitz des zürcherischen Gesetzes nur in Einem Sinne aufgefasst wissen. Er führt aus: „Für die Erwerbung des Besitzes ist die Erlangung wirklicher, gegenwärtiger Herrschaft über die Sache erforderlich. Für die blosse Festhaltung des einmal erworbenen Besitzes genügt es, dass die Möglichkeit, jene Herrschaft auszuüben, nicht definitiv verloren sei. In diesem Sinne kann gesagt werden: Retinere animo possessionem possumus, adipisci non possumus. Einen Besitz nun, der in einem gegebenen Augenblick gewissermassen solo animo retinetur, kann man füglich ideellen Besitz nennen und demselben eine augenblicklich vorhandene körperliche Herrschaft als reellen Besitz entgegensetzen“. Das wäre der unter 1) aufgeführte Fall. Fassen wir erst diesen in's Auge.

I. Ideeller Besitz als Gegensatz zu „sichtbarem“ Besitz.

Die Unterscheidung eines ideellen und reellen Besitzes nach der Auffassung von *Rüttimann* würde an eine längst veraltete Anschauung, die einige der Glossatoren hatten, erinnern. Wir finden sie beispielsweise in der Gl. „quia“ zu l. 1 § 1 de poss. 41, 2:

„Aldricus dixit, quod statim cum exit de fundo, amittit naturalem et acquirit civilem (possessio-

¹⁾ *Rüttimann*, die Lehre von dem Besitze, i. Zeitschr. für schweiz. R. Bd. 8 p. 27.

nem) in ipso exitu: cum autem redit in fundum, amittit civilem et recuperat naturalem;

oder wie *Azo* (eod. l.) sagt:

„Diverso possunt duo possidere naturaliter: nam ingrediens habet naturalem naturaliter, sed absens habet naturalem civiliter!“

Nach dieser Ansicht soll ich also nur dann wirklichen Besitz haben, wenn augenblicklich mit dem animus possidendi das thatsächliche Innehaben, die Möglichkeit der sofortigen Einwirkung auf die Sache verbunden ist, dann habe ich also die naturalis possessio. Ich muss also auf dem Grundstück mich befinden, muss die bewegliche Sache vor mir, in meinen Händen haben; ist das nicht der Fall, bin ich der Sache fern, so fehlt mir in Wirklichkeit das corpus, ich besitze nur solo animo, habe civilis possessio. Mit diesen Begriffen der naturalis und civilis possessio wäre also unser reeller und ideeller Besitz gleichbedeutend.

Wenn nun im Commentar zu § 122 (538) Nr. 2 gesagt wird, dass die Auffassung *Rüttimann's* „offenbar auf einem Missverständniss des gesetzlichen Sprachgebrauchs“ beruhe, so ist dagegen einzuwenden, dass der § 78 nur auf diese Weise, wenn wir ideellen Besitz nach *Rüttimann* interpretiren, seine richtige Erklärung finden kann. Wenn das Gesetz einmal den Begriff des ideellen Besitzes aufgenommen hat, so muss der Begriff reeller Besitz den Gegensatz zu jenem bezeichnen. Untersuchen wir nun, was reeller Besitz im § 78 bedeuten muss.

Wie bemerkt wurde, ist im § 78 vom Possessorium summarium die Rede; es ist streitig, wer wirklich den Besitz an der Sache habe und es fragt sich, wem der Besitz einstweilen zuzusprechen sei. Da das Verfahren ein absolut summarisches sein soll, so wird dem der Besitz zugesprochen, der prima facie Besitz zu haben scheint, der die „jüngste fehlerfreie Besitzhandlung“ nachweist.¹⁾ Wenn wir uns nun so ausdrücken, dass „demjenigen der Vorzug gegeben werde,

¹⁾ *Dernburg* Pand. § 187 (Bd. I).

welcher zur Zeit den „reellen Besitz“ habe, so kann „reeller Besitz“ nichts anderes bedeuten als „sichtbaren Besitz“, das heisst, es bekommt derjenige der Streitenden den Vorzug, der seinen Besitz durch die letzte Besitzhandlung sichtbar gemacht hat. Den Gegensatz zu diesem sichtbaren Besitz muss aber doch wohl ein „unsichtbarer“ Besitz bilden, ein Besitz, der sich äusserlich nicht kund gibt.

Einen solchen Besitz hätte nun freilich auch der Dejicirte (wenn er doch einmal nach der Dejection noch den ideellen Besitz zurückbehalten soll), um diesen kann es sich aber in § 78 gar nicht handeln, weil dort streitiger Besitz in Frage kommt. Der Dejicirte behauptet aber ja, der Gegner habe ihm den Besitz entrissen, also gibt er zu, dass jener gegenwärtig besitze; der Besitz kann demnach nicht streitig sein.

Um den ideellen Besitz des Erben kann es sich zwar, aber es kann sich nicht allein um diesen handeln; denn das Possessorium summarium soll nicht nur Anwendung finden, wenn zwischen dem Erben und einem Andern Streit über den Besitz an einer Nachlasssache (wie der Erbe behauptet) entsteht, sondern überhaupt immer und überall, wo der Besitzstand nicht klar liegt.

Den Gegensatz von reellem Besitz im Sinne des § 78 kann also nur ein ideeller Besitz bilden, wie ihn *Rüttimann* definirte. Wollte man nicht, dass der ideelle Besitz so aufgefasst werde, so musste man den Ausdruck „reeller Besitz“ in § 78 vermeiden und eine andere Ausdrucksweise wählen, z. B. also, dass die jüngste Besitzhandlung ausschlaggebend sei. Es liegt übrigens auf der Hand, dass es ganz unpraktisch wäre zu sagen, im Possessorium summarium erhalte der reelle Besitz vor dem ideellen den Vorzug. Es verhält sich vielmehr so, dass man praesumirt, derjenige, der die jüngste Besitzhandlung nachweist, habe den Besitz, der andere nicht. Siegt im ordentlichen Prozesse derjenige, dem der Besitz provisorisch zugesprochen wurde, so war er auch wirklich Besitzer, der Gegner hatte also überhaupt keinen

Besitz; unterliegt er, so war er nur für die Zeit des Prozesses Besitzer, der andere war so lange seines Besitzes entsetzt. Für diesen Fall brauchen wir also die Fiction eines ideellen Besitzes absolut nicht.

II. Der ideelle Besitz des Dejicirten.

Der dejicirte Besitzer soll also nach *Bluntschli* einen ideellen Besitz zurückbehalten. *Rüttimann*¹⁾ sagt zwar: „Der Commentar in § 502 (des a. Z. G. B.) könnte leicht so missverstanden werden, als ob z. B. der Dieb reellen und der Bestohlene ideellen Besitz habe, während der Verfasser gewiss weit entfernt ist, diese, dem klaren Buchstaben des § 521 (§ 97 des neuen Z. G. B.) diametral zuwieder laufende Behauptung aufstellen zu wollen.“ Mir scheint aber, der Commentar sei absolut unzweideutig. Es heisst doch ganz deutlich, es sei ideeller Besitz vorhanden, wenn der redliche Besitzer entsetzt worden sei, natürlich auf die Seite des Dejicirten; dem Dieb wird aber gewiss Niemand Besitz abstreiten wollen, er hat bestimmt (reellen) Besitz, also wird doch wohl behauptet, dass ein ideeller und ein reeller Besitz neben einander bestehen könne. Es beruht auch dies auf einer Ansicht, die auch wieder auf die *possessio civilis* und *naturalis* der Glossatoren zurückführt.

Das römische Recht hatte den singulären Rechtssatz, dass der Besitzer eines Grundstücks, das während seiner Abwesenheit von einem Andern occupirt wurde, durch die Occupation den Besitz noch nicht verlieren sollte, sondern erst wenn er, nach Empfang der Nachricht von der Occupation, den Occupanten nicht zu vertreiben unternehme: l. 46 de poss. 41, 2:

„quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret.“

¹⁾ a. a. O. p. 27.

l. 3 § 8 eod.:

„Si quis nuntiet, domum a latronibus occupatam, et dominus timore conterritus noluerit accedere, amisisse eum possessionem placet.“

l. 7 eod.:

„et si nolit in fundum reverti, quod vim majorem vereatur, amisisse possessionem videbitur.“

Durch unrichtige Auffassung einiger Pandektenstellen¹⁾ kam man aber dann zur Ansicht, der Besitz könne solo corpore nicht verloren gehen, der djicirte Besitzer behalte den Besitz animo zurück. Dass aber auf der anderen Seite der Dejicient besitzen müsse, konnte nicht geläugnet werden, man schrieb daher diesem naturalis possessio zu, dem Dejicirten possessio civilis.

Gl. „Clam“ zu l. 6 pr. de possess. 41, 2: „dicitur quod dominus retinet possessionem civilem, occupans naturalem.“

Dieser possessio civilis würde nun nach *Bluntschli* der ideelle Besitz entsprechen. Vor Allem scheint es mir jedoch unbegründet, nur dem redlichen²⁾ Besitzer nach einer Besitzentsetzung noch einen ideellen Besitz zuzuschreiben; der bösgläubige Besitz ist so gut Besitz wie der gutgläubige: in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. Es ist aber durchaus unnothwendig, eine Fortdauer des Besitzes bei gewaltsamer Dejection oder bei sonstigem unfreiwilligem Besitzverlust. Wozu soll das nützen? Ich habe ja die Besitzklage zur Wiedererlangung des Besitzes, und wenn ich diese geltend machen will, so muss ich mich ja gerade darauf stützen, dass ich den Besitz verloren habe. Dem Ersitzungsbesitzer schadet aber die Dejection nicht, wir brauchen gar keine Fortsetzung des Ersitzungsbesitzes

¹⁾ l. 153 de R. J. 50, 17: „Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.“ Dazu *Savigny*, Besitz p. 385 ff. l. 17 pr. de poss. 41, 2. Dazu *Savigny*, Besitz p. 192 N. 3.

²⁾ Vgl. *Bluntschli's* Commentar zu § 502 (d. a. Ges.) oben p. 74.

zu fingiren, wenn ihm der Besitz wieder restituirt wird, accrescirt ihm der Besitz des Dejicienten einfach. l. 13 § 9 de poss. 41, 2: „Si jussu judicis res mihi restituta sit, accessionem esse mihi dandam placuit.“¹⁾

Das zürcherische Gesetz hat jenen Satz des römischen Rechtes aufgenommen in § 101 (525):

„Damit der Besitz an einem Grundstücke verloren werde, genügt es nicht, dass ein Anderer sich desselben bemächtige, sondern es muss hier der bisherige Besitzer von dieser Veränderung Kenntniss erhalten und versäumt haben, diese Herrschaft des Andern ohne Verzug zu beseitigen.“

Bluntschli im Commentar zu diesem Paragraphen erklärt diese Bestimmung so: „So lange die Möglichkeit vorliegt, dass der bisherige Grundbesitzer auf seine Felder kommen und jede angemassete Herrschaft eines Andern beseitigen könne, sobald er davon Kenntniss erhalten, hat weder Dieser trotz der momentanen Eigenmacht das Gefühl des eigenen Besitzes bekommen, noch Jener das seiner wirklichen Herrschaft verlieren können.“²⁾ *Bluntschli* deutet damit selber an, dass der Occupirende einstweilen noch keinen Besitz haben könne, bis er weiss, dass er vor dem frühern Besitzer nichts mehr zu fürchten habe, weil er erst dann wirklich die vollständige, ausschliessliche Herrschaft über das Gut haben könne; er hat also keinen Besitz, bis der frühere Besitzer denselben verloren hat; ist dieser Fall aber eingetreten, so hat dann auch dieser seinen Besitz wirklich verloren und behält keinen ideellen Besitz mehr zurück³⁾.

¹⁾ Sollte die Geltung dieses Satzes für das zürcherische Recht bestritten werden, so würde doch die Fiction eines ideellen Besitzes wenig helfen, weil der § 122 zur Ersitzg. reellen Besitz verlangt!

²⁾ Aehnlich begründen diesen Satz auch andere Schriftsteller. Vgl. bei *Randa*, Besitz § 22 N. 34. Mir scheint dieser Satz nicht so „vortrefflich“ zu sein; m. E. ist die Bemerkung *Randa's* (a. a. O.) sehr begründet, dass man nach dem Wesen des Besitzes vielmehr sagen müsse, „der Dejicirte habe den verlorenen Besitz wieder erlangt,“ wenn er nämlich den Occupanten wieder verdrängt, m. a. W. der frühere Besitzer habe durch die Occupation den Besitz verloren.

³⁾ *Rüttimann* a. a. O. p. 27.

III. Der ideelle Besitz des Erben.

Das zürcherische Gesetz lässt den Erben den Besitz des Erblassers ipso jure fortsetzen, der Erbe bedarf zum Erwerb des Besitzes an den Nachlasssachen der Apprehension nicht:

§ 69 (493): „Der gesetzliche Erbe setzt den Besitz des Erblassers unmittelbar nach dem Tode desselben in der Weise fort, wie ihn der Erblasser gehabt hat.

Wenn der Testaments- oder Vertragserbe infolge seines Erbantrittes den Besitz erwirbt, so wird angenommen, auch er setze den Besitz des Erblassers fort“.

Diesem Rechtssatz liegt ein deutscher Rechtssatz zu Grunde, der sich in dem Rechtsspruchwort widerspiegelt: Der Todte erbt den Lebendigen (*le mort saisit le vif*):

Sächs. Landr. III, 83 § 1: „Svat man enem manne oder wive gift, dat solen sie besitten dre dage. Swat sie mit klage irvorderet, oder uppe sie geervet wert, des ne dorven sie nicht besitten.“

Sächs. Lehn. 6 § 1: „Die vader erft uppe'n sone die gewere des gudes mit sament deme gude; dar umme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des vader gut bewiese.“
vgl. auch Vet. auct. de benef. I, 24.

Ueber den Sinn dieser Bestimmungen ist man aber nicht einig. Nach der Auffassung der Einen soll damit gesagt sein, dass mit dem Tode des Erblassers die Gewere, als Besitz verstanden, ipso jure auf den Erben übergehe ohne besondere Besitzergreifung, und diese Auffassung haben auch einige Particulargesetzgebungen¹⁾ und das spätere französische Recht. Von anderer Seite wird aber die Existenz dieser Erbgewere durchaus in Abrede gestellt²⁾, der Rechtssatz habe den Sinn, dass der Uebergang der Gewere nur Uebergang des Eigen-

¹⁾ Die Magdeburger Pol. O. E. XLIV § 15; Neue Kölner R. O. IX § 1; Brüssel. Stadtr. Tit. Van der succession Art. 247. *Delbrück* dingl. Klage p. 295 und *Randa*, Besitz § 15 N. 12.

²⁾ Die verschiedenen Gründe, die hierfür angeführt werden, stellt *Cosack*, Besitz des Erben, p. 34—42 zusammen.

thumsschutzes bedeute¹⁾, resp. des Besitzrechtes²⁾. *Laband*³⁾ sagt, dass der Erbe ipso jure den Besitz erwerbe an allen Nachlasssachen, „die thatsächlich seiner Disposition schon unterworfen seien“, ohne dass er besonderer Besitzergreifung bedürfe.

Das zürcherische Recht hat den Rechtssatz wie gesagt so aufgefasst, dass der Besitz auf den Erben übergehe⁴⁾. Der gesetzliche Besitz des Erben wird als ideeller Besitz bezeichnet, bis der Erbe die Nachlasssachen apprehendirt und damit den reellen Besitz erworben hat. *Bluntschli* bemerkt zu diesem ideellen Besitz im Commentar zu § 69: „Es ist das allerdings eine Erweiterung des natürlichen Begriffs von Besitz, welche ihren allgemeinen Grund darin hat, dass der Rechtsschutz, der dem Besitze gewährt wird, diesen zu einem — wenn auch unvollkommenen — Rechtsbegriff erhoben und so zur Anerkennung eines ideellen Besitzes geführt hat und ihren besondern Grund in der engen erbrechtlichen Verbindung der Erben mit dem Erblasser und in dem Bedürfniss, den Erben in dem ungeschmälerten Bestand der Verlassenschaft so gut als möglich zu schützen“.

Ob nun dieser Begriff des ideellen Besitzes eine „Erweiterung des natürlichen Begriffs von Besitz“ genannt werden dürfe, wird sich zeigen. Besitz ist die thatsächliche, äusserlich wahrnehmbare Ausübung der Herrschaft über eine Sache. Dem ideellen Besitz „fehlt die leibliche Seite des Besitzes“, er müsste also bezeichnet werden als Herrschaftsverhältniss

¹⁾ *Delbrück*, dingl. Klage p. 294 f.

²⁾ *Stobbe*, Gewere p. 462.

³⁾ *Krit. Viertj. Schr.* Bd. XV p. 398 f.

⁴⁾ So auch das *preuss. Landr.* I 9, § 36 und I 7, § 49. Vgl. dazu *Randa*, Besitz § 15 N. 12. Dem römischen Prinzip (l. 23 pr. de poss. 41, 2. Quum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet) folgen: *Sachsen* § 2288, *Oesterreich* § 320, *Code civil* Art. 2235 (dazu *Randa* p. 395) und auch der *Entwurf des deutschen Ges.-B.* § 2052: „Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft gehörigen Sachen gehen nicht Kraft des Gesetzes auf den Erben über.“

zu einer Sache, das nach aussen nicht wahrnehmbar ist und nicht wahrnehmbar sein kann. Besitz ist also etwas thatsächliches äusserliches, ideeller Besitz etwas fingirtes, gedachtes. Da darf man doch gewiss nicht sagen, dass der ideelle Besitz eine Erweiterung des Besitzbegriffs sei; ideeller Besitz ist etwas ganz anderes als Besitz, ist gar kein Besitz¹⁾. Das zeigt sich auch darin, dass der ideelle Besitz ohne jedes Zuthun des Erben erworben wird (also ohne animus und corpus), während zum Erwerb des Besitzes immer eigene Betätigung des Willens und der physischen Kräfte gehört.

Was *Bluntschli* sagt von der Nothwendigkeit eines bestmöglichen Schutzes des Erben, ist kaum zu bestreiten und gewiss erfüllen auch die Besitzklagen diese Aufgabe durchaus. Wenn wir aber dem Erben die Besitzklagen geben wollen, müssen wir dies auf irgend eine Art begründen²⁾; denn die Besitzklagen erhalte ich doch sonst nur, weil und insoweit ich thatsächliche Beziehungen zu einer Sache begründet habe. Der Erbe hat aber vor der Apprehension der Erbschaftssachen keine solche thatsächliche Beziehungen zu diesen selber geschaffen.

¹⁾ *Cosack* a. a. O. p. 31 sagt über den ideellen Besitz: „Man stellt den höchst vagen Begriff eines ideellen Besitzes auf, indem man die Grenzen thatsächlicher und rechtlicher Macht verwischt und beide — in Wahrheit die grössten Gegensätze — als zwei Formen eines Gedankens ausgibt.“

²⁾ Das *zürcher. Gesetz* thut das mit der Fiction eines (ideellen) Besitzes des Erben. *Der deutsche Entwurf* dagegen spricht dem Erben vor der Apprehension Besitz ab, bringt dann aber doch in § 2054 folgende Bestimmung: „Hat ein Dritter in Ansehung einer Sache, welche bei dem Tode des Erblassers in dessen Besitze oder Inhabung war, bevor der Erbe Besitzer oder Inhaber geworden ist, eine Handlung vorgenommen, welche, wenn der Besitz oder die Inhabung mit dem Erbfolge auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würde, oder hat ein Dritter den Besitz oder die Inhabung einer solchen Sache vor dem Erben erlangt, so stehen dem Erben gegen den Dritten dieselben Rechte zu, wie wenn der Erbe mit dem Erbfolge Besitzer oder Inhaber der Sache geworden wäre.“ Als ob man die Besitzklagen ohne Weiteres jedem Beliebigen geben könnte!

Es ist freilich versucht worden, nachzuweisen, dass der Erbe eigenen Besitz habe; so von *Heusler*¹⁾: 1) Weil der Erbe seinen Besitz vor der eigenen Besitzergreifung ausübe durch Stellvertreter, nämlich die auf dem Gut befindlichen Wirthschaftsangestellten; 2) weil auch sonst nichts entgegenstehe, ihn als wirklichen Besitzer zu betrachten. Da er die Erbschaft „factisch leichter als irgend ein Anderer erwerben könne, so betrachte das Recht bei ihm das Erforderniss des corpus erfüllt“, denn er habe „in der That die unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit nach Belieben auf die Sache einzuwirken“. Diese Begründung ist aber schwerlich haltbar²⁾. Ad 1) ist zu bemerken, dass ein Besitzerwerb durch solche Stellvertreter eben nicht möglich wäre, wenn der Erblasser ganz allein auf seinem Gütchen war, und ad 2) dass, wenn der Erbe etwa abwesend ist, man doch gewiss nicht wird behaupten dürfen, er habe die „unmittelbare und gegenwärtige Möglichkeit“ der Einwirkung auf die Sache; und schliesslich ist zu bedenken, dass ein Besitzerwerb ohne animus vorliegen würde, wenn der Erbe nicht sofort nach dem Tode des Erblassers von dessen Ableben Kunde erhält³⁾.

Es wird sich kaum beweisen lassen, dass der Erbe vor der Apprehension wirklich Besitz habe, so lange man zum Besitzerwerb den animus possidendi verlangt und „die Aeusserung körperlicher Macht“ über die Sache. Es lässt sich übrigens auch sonst dathun, dass der Erbe keinen Besitz hat und dass es ihm auch gar nichts hilft, wenn man ihm eigenen Besitz andichtet.

Wenn der Erbe in den Fall kommt, gegen willkürliche Einwirkung eines Fremden auf die Erbschaftssachen die Besitzklagen anzustrengen, so muss er sich doch vor allem legitimiren können, dass er zu klagen berechtigt sei. Nun wird es ihm gewiss sehr wenig helfen, wenn er sagt, ich habe

¹⁾ *Heusler*, *Gewere* p. 68 f., 71, 208.

²⁾ *Cosack*, a. a. O. p. 29 zu N. 11.

³⁾ Gegen *Cosack's* Bestimmung des Besitzbegriffs als Möglichkeit der thatsächlichen Herrschaftsausübung vgl. *Randa*, *Besitz* § 11 N. 5.

figirten Besitz und bin desshalb zu den Besitzklagen berechtigt; wie will er seinen figirten, ideellen Besitz beweisen? Besitz lässt sich nur durch den Nachweis von Besitzhandlungen beweisen; der Erbe kann aber vor der Apprehension gewiss keine eigene Besitzhandlungen nachweisen¹⁾).

Wenn sich der Erbe aber dadurch legitimiren will, dass er der Erbe sei und gesetzlich den Besitz fortsetze, den sein Erblasser gehabt habe, so wird man dies gelten lassen, wenn er nachweist, dass der Erblasser besessen habe. Wenn der Erbe Besitzhandlungen des Erblassers nachweist, soll angenommen werden, er habe eigenen Besitz nachgewiesen, das heisst, es wird gehalten, wie wenn er, der Erbe jene Besitzhandlungen vorgenommen hätte, wie wenn er der Erblasser wäre. Die Fiction des Gesetzes geht also nicht dahin, dass der Erbe eigenen Besitz habe, sondern dahin, dass der Besitz des Erblassers fort dauere.

Es ist kein Hinderniss anzunehmen, resp. zu figiren, dass die thatsächliche Herrschaft des Erblassers nach seinem Tode noch fort dauere, so lange nicht eine entgegenstehende Thatsache dies verbietet. Der Besitz des Erblassers kann also als fort dauernd figirt werden, bis sich Jemand die Herrschaft über die Nachlasssachen verschafft; dann muss die Fiction aufhören, sie darf nicht in Conflict kommen mit jener Thatsache.

Nach dem Tode des Erblassers besteht nun freilich eine thatsächliche Herrschaft über die zur Erbschaft gehörigen Sachen, ein Besitz, nur in der Fiction, wir können daher allerdings von einem ideellen Besitz reden und von einem ideellen Besitzer. Unter diesem ideellen Besitz ist dann aber einstweilen zu verstehen figirt fort dauernder Besitz des Erblassers, und unter ideellem Besitzer die figirt fort dauernde Persönlichkeit des Erblassers. Wir können aber durch eine

¹⁾ *Delbrück*, d. i. n. l. Kl. p. 294, sagt: „Kein Rechtssatz kann Unmögliches bewirken und dem Erben einen factischen Besitz verschaffen, den er nicht hat“.

weitere Fiction dazu kommen, diesen ideellen Besitz des Erblassers, das heisst der fingirten Persönlichkeit des Erblassers, dem Erben zuschreiben, indem wir sagen, er sei der fingirte, ideelle Besitzer der Nachlasssachen, weil er ja sonst in allen möglichen Beziehungen an die Stelle des Erblassers tritt. Als ideeller Erbe ist aber dann der Erbe nicht er selber, sondern der Erblasser¹⁾, das heisst, nicht der Erbe als Erbe hat Besitz, sondern der Erbe als Erblasser, als Vertreter seiner Persönlichkeit. Das kann man auch so ausdrücken: Der Erbe hat an den Nachlasssachen (nicht eigenen Besitz, wohl aber) ideell den Besitz des Erblassers, er setzt denselben (ideell) so lange fort, bis er eigenen Besitz erlangt, also bis zur Apprehension der Nachlasssachen, resp. bis ein Dritter sich in den Besitz setzt.

Dieser ideelle Besitz der Erben muss wie gesagt aufhören, wenn ein Dritter sich in den Besitz der Nachlasssachen setzt. *Bluntschli* scheint aber dem Erben selbst dann noch ideellen Besitz zuzuschreiben, wenn ihm eine Nachlasssache von einem Miterben vorenthalten wird²⁾. Das ist aber durchaus unrichtig, der fingirt bestehende Besitz muss sofort aufhören, sobald einer die Sache in seine Gewalt bekommt; da, wo ein Besitz wirklich besteht, kann nicht mehr ein Besitz fingirt werden. Dieser Irrthum macht uns aber gerade darauf aufmerksam, dass es nicht ungefährlich ist, von einem ideellen Besitz neben einem reellen zu reden, und wenn es daher nicht absolut nothwendig ist, sollte man diesen Begriff, der allein zur theoretischen Begründung der Berechtigung des Erben zu den Besitzklagen erfunden worden ist, in einem Gesetzbuche nicht verwenden. Eine Nothwendigkeit liegt ja aber natürlich nicht vor. Wenn das zürcherische Gesetz sagt, der Erbe setze den Besitz des Erblassers fort, so genügt das vollständig. Ob er eigenen Besitz habe, oder ob er sich a f den Besitz

¹⁾ Man gestatte mir hier eine Redewendung zu gebrauchen von *Sohm* (Institutionen 2. Aufl. p. 373).

²⁾ Commentar zu § 122 (538).

des Erblassers berufe, ist praktisch ohne Bedeutung: es ergibt sich von selber, dass man im ersten Falle eigenen Besitz nachweisen wird, im andern Falle, dass der Erblasser besessen habe. Es soll mit jener Bestimmung des § 69 (493) nur gesagt sein, dass der Erbe zur Erlangung und Bewahrung der Nachlasssachen sich der Besitzklagen bedienen dürfe.

Der Erbe soll also einfach als Besitzer angesehen werden, so lange nicht ein Anderer den Besitz an sich reisst.

IV. Das ideelle Besitzrecht.

Das zürcherische Gesetz spricht nicht nur von einem ideellen Besitz, sondern auch, wie erwähnt wurde, von einem ideellen Besitzrecht. Dagegen opponirt *Rüttimann* (a. a. O. p. 27), indem er sagt, dass eine Unterscheidung von ideellem und reellem Besitzrecht unlogisch sei, denn es sei jedes Besitzrecht ideell. So richtig diese Bemerkung ist, so müssen wir eben doch, wenn wir, wie dies das zürcherische Gesetz thut, überhaupt den Begriff eines „ideellen Besitzes“ aufstellen, in der That auch zu einem „ideellen Besitzrecht“ kommen. Wie wir Besitz und Besitzrecht (titulirten Besitz) einander gegenüberstellen, so müsste sich auch ideeller Besitz und ideelles Besitzrecht gegenüberstellen lassen. Die „Besitzrechtsklage“ ist die Klage aus titulirtem Besitz, und wenn man sie auch dem Erben geben will vor der Apprehension, so müsste dies, analog wie die Einräumung der Besitzklagen, damit motivirt werden, dass der Erbe titulirten ideellen Besitz, ideelles Besitzrecht habe. Diese Klage muss sich stützen auf titulirten Besitz des Erblassers; nach der Apprehension der Nachlasssachen ist Beerbung der Titel auf den sich die Besitzrechtsklage des Erben stützen würde.

Dieses ideelle Besitzrecht hat aber in der That etwas Unbefriedigendes an sich, und wenn wir den ideellen Besitz verwerfen, so können wir auch dieses ideelle Besitzrecht fallen lassen. Nothwendig ist auch die Herbeiziehung dieses Be-

griffes nicht, man kann auch anders begründen, dass dem Erben die Besitzrechtsklage gegeben werden müsse. Die *Publiciana actio*, der die Besitzrechtsklage des zürcherischen Rechts entspricht,¹⁾ wird auch nach römischem Recht²⁾ und gemeinem Recht dem Erben neben der *hereditatis petitio* gegeben, und zwar, wie nun die herrschende Meinung annimmt,³⁾ schon vor der Besitzergreifung an den Nachlasssachen. So dürfte man auch ohne Weiteres dem Erben die Besitzrechtsklage geben, ohne dass man ein ideelles Besitzrecht supponiren müsste.

Ich resümiere kurz die Sätze, die sich für das zürcherische Recht ergeben haben.

1. Besitz hat, wer detinirt mit dem *animus rem sibi habendi*, d. h. zu eigenem Interesse.
2. Diese Detentoren haben Sachbesitz.
3. Ein mehrfacher Besitz ist nach zürcher. Recht anzunehmen und lässt sich rechtfertigen.
4. Die Aufstellung des Begriffs eines ideellen Besitzes ist unpraktisch und überflüssig, ebenso derjenige des Begriffs eines ideellen Besitzrechts.

¹⁾ Es ist wohl darin keine Abweichung zu suchen, dass das zürcher. Recht rechtmässigen und nicht nur titulirten Besitz verlangt. Rechtmässiger Besitz setzt einen formell und materiell rechtlichen Erwerb voraus; das zürcherische Recht definirt aber den rechtm. Besitz als Besitz der beruht auf „fehlerfreier Besitzergreifung und einem auf Besitzerwerb gerichteten und dafür tauglichen Rechtsgrund.“ *Dernburg Pand. Bd. I p. 441.*

²⁾ l. 7 § 9 de Public. act. 6, 2: *Haec actio et heredi et honorariis successoribus competit.*

³⁾ *Windscheid Pand. Bd. I § 199 Nr. 2.*



Billeter, Attilio

Der Begriff des Besitzes nach römischem und canonischem Recht in
Vergleichung mit dem zürcherischen Recht

1889

J.rom.m. 45 I

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11637407-0